DOGMATIK DER ANPASSUNGSKLAUSELN IN VERTRÄGEN

Klaus Bilda

1966

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547217_0037

DOGMATIK DER ANPASSUNGSKLAUSELN IN VERTRÄGEN

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster

vorgelegt von

Klaus Bilda

aus Brandenburg a. d. Havel

1967

Dissertations-Druckerei Charlotte Schön, München 23, Belgradstr. 11, Tel. 361402

1. Berichterstatter:	Professor Dr. WESTERMANN
2. Berichterstatter:	Professor Dr. BROX
Dekan:	Professor Dr. MÜLHAUPT

Tag der mündlichen Prüfung: 2. Dezember 1966

UNIVERSITEITSBIBLIOTHEEK - LEIDEN -

INHALTSVERZEICHNIS

		Seite
§ 1	EINLEITUNG	1
I.	Der Begriff der Anpassungsklausel	1
II.	Die Arten der Anpassungsklausel	2
III.	Die Zulässigkeit der Anpassungsklausel	4
§ 2	ANPASSUNG DURCH EINE PARTEIVEREINBARUNG	6
I.	Die Rechtsnatur der Anpassungsklausel	8
	1) Die Rechtsnatur der vollzogenen Anpassungsvereinbarung	8
	2) Die Rechtsnatur der Anpassungsklausel	8
	a) Bedingter Abänderungsvertrag?	9
	b) Vor- und Rahmenvertrag?	9
	c) Vorvertragsähnliche Vereinbarung	13
	d) Bestimmtheit der Leistung	14
II.	Die Methode der Anpassung	18
	1) Die Methode der Inhaltsermittlung	19
	2) Der Sinn der Anpassungsklausel	21
	3) Die tatbestandsmäßige Änderung	22
	a) Art und Ausmaß der Änderung	22
	b) Ursache der Änderung	26
	4) Der Inhalt des Vertrages	28
	a) Inhaltsermittlung	29
	b) Eventuelle Auflösung des Vertrages	34
	c) Anpassung des Vertrages	34
	5) Die Verkehrssitte	45
	6) Der Grundsatz von Treu und Glauben	46
	a) Maßstab des "ob" einer Anpassung	46
	b) Maßstab des "wie" einer Anpassung	49
III.	Die Ansprüche der Parteien	52
	1) Die Ansprüche bei einer Anpassung durch die Parteien	52
	2) Die Ansprüche aus der Anpassungsklausel	53
	a) Voraussetzungen der Ansprüche	53
	b) Inhalt der Ansprüche	54
	3) Die Ansprüche aus Verzug	56
	4) Die Ansprüche aus einer Erfüllungsverweigerung	58
	5) Die Ansprüche auf Schadensersatz	58

a) Anfängliches Unvermögen 58
b) Unmöglichkeit 59
c) Positive Vertragsverletzung 61
6) Der Umfang des Schadensersatzes 61
7) Die Befreiung von der Anpassungspflicht 62
a) Nichtigkeit der Anpassungsklausel 63
b) Nichtigkeit des Vertrages 64
c) Späterer Wegfall der Anpassungspflicht 64
IV. Prozessuale Fragen 65
1) Die Klagemöglichkeiten bei fehlender Anpassungspflicht 65
2) Die Klagemöglichkeiten bei vereinbarter Anpassungspflicht 66
a) Klage auf Abgabe einer Willenserklärung 66
b) Klage auf zukünftige Leistung 70
c) Feststellungsklage 71
3) Die Tätigkeit des Richters 71
4) Zusammenfassung 83

§ 3 ANPASSUNG DURCH EINE PARTEI 84

I. Anpassungsklauseln mit vereinbarter Anpassungspflicht 85
1) Die Rechtsnatur der Anpassungsklausel 85
a) Bedingter Abänderungsvertrag? 85
b) Einseitige Änderungsbefugnis 85
c) Bestimmungsrecht nach § 315 BGB 86
2) Die Maßstäbe der Anpassung 97
a) Anpassung durch die Partei 97
b) Anpassung durch den Richter 100
3) Die Ansprüche und Klagemöglichkeiten der Parteien 102
a) Nach § 315 BGB zu behandelnde Klauseln 102
b) Sonstige Klauseln 108
c) Ansprüche bei einer Anpassungsverweigerung 110
d) Unwirksame Klauseln 113
4) Die Tätigkeit des Richters 114
a) Nach § 315 BGB zu behandelnde Klauseln 114
b) Sonstige Klauseln 117
II. Anpassungsklauseln ohne vereinbarte Anpassungspflicht 117
1) Die Rechtsnatur der Anpassungsklausel 117
2) Die Maßstäbe der Anpassung 119
3) Die Anpassungsbefugnis als Kann-Recht 119
4) Die prozessualen Möglichkeiten 120
5) Die Tätigkeit des Richters 121
6) Zusammenfassung 122

LITERATURVERZEICHNIS

Anson, William R.	Principles of the English Law of Contract, 25. Edition by A. G. Guest, Oxford 1959;
Baumbach-Hueck	Aktiengesetz, 12. Auflage, München und Berlin 1965;
Baumbach-Lauterbach	Zivilprozeßordnung, 28. Auflage, München und Berlin 1965;
Baur, Fritz	Besprechung von Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des BGB, 15. Auflage, in JZ 1961, 335;
Berber, Friedrich	Lehrbuch des Völkerrechts, I. Band, Allgemeines Friedensrecht, München und Berlin 1960;
Blomeyer, Arwed	Zivilprozeßrecht, Erkenntnisverfahren, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1963;
Blomeyer, Arwed	Allgemeines Schuldrecht, 3. Auflage, Berlin und Frankfurt a. M. 1964;
Boehmer, Gustav	Zur Einwirkung des Umstellungsgesetzes auf Schmerzensgeldansprüche, in SJZ 1949, 315;
Bötticher, Eduard	Die Wandlung als Gestaltungsakt, Heidelberg 1938;
Bötticher, Eduard	Richterliche Vertragsgestaltung, in DRW 7 (1942), 125;
Bötticher, Eduard	Gestaltungsrecht und Unterwerfung im Privatrecht, Berlin 1964;

Bornemann, W.	Systematische Darstellung des Preußischen Civilrechts, 2. Band, 2. Auflage, Berlin 1842;
Brox, Hans	Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung, Karlsruhe 1960;
Brox, Hans	Fragen der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie, in JZ 1966, 761 ff;
Burckhardt, Meinhard Fr.	Der Begriff des freien Ermessens, Dissertation Halle - Wittenberg 1937;
Cosack, Konrad	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, I. Band, Die Allgemeinen Lehren und das Schuldrecht, Jena 1922;
Danz, Erich	Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, Jena 1911;
Degenkolb	Zur Lehre vom Vorvertrag, in AcP 71, 1;
Drews-Wacke	Allgemeines Polizeirecht, 7. Auflage, Berlin-Köln-München-Bonn 1961;
Drost, H.	Das Ermessen des Strafrichters, Berlin 1930;
Düringer-Hachenburg	Das Handelsgesetzbuch, III. Band, 1. Teil, 3. Auflage, Mannheim-Berlin-Leipzig 1934;
Dürkes, Werner	Wertsicherungsklauseln, Ein Überblick über den derzeitigen Stand von Rechtsprechung und Schrifttum unter besonderer Berücksichtigung der Genehmigungspraxis der Deutschen Bundesbank, 6. Auflage, Heidelberg 1964;

Ehrenzweig, Armin	System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, I. Band, 1. Hälfte: Allgemeiner Teil, bearbeitet von Adolf Ehrenzweig, 2. Auflage, Wien 1951;
Engisch, Karl	Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 3. Auflage, Heidelberg 1963;
Enneccerus-Lehmann	Recht der Schuldverhältnisse, 15. Bearbeitung, Tübingen 1958;
Enneccerus-Nipperdey	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Halbband, 15. Auflage, Tübingen 1960;
Erman	Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Band, 3. Auflage, Münster 1962;
Esser, Josef	Fortschritte und Grenzen der Theorie von der Geschäftsgrundlage bei Larenz, in JZ 1958, 113;
Esser, Josef	Schuldrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Auflage, Karlsruhe 1960;
Fahle, Karl Heinz	Die Entscheidung nach billigem Ermessen im Wohnungseigentumsgesetz, Dissertation Münster 1953;
Fikentscher, Wolfgang	"Sonstige" Verträge im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in Festschrift für Alfred Hueck, S. 543, München und Berlin 1959;
Fikentscher, Wolfgang	Das Schuldrecht, Berlin 1965;

Flume, Werner	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Band, Das Rechtsgeschäft, Berlin-Heidelberg-New York 1965;
Fritze, O.	Clausula rebus sic stantibus, in ArchBürgR 17, 20;
Gadow-Heinichen	Großkommentar zum Aktiengesetz, I. Band, §§ 1 - 144, 2. Auflage, Berlin 1961;
Gensior, Walter	"Elastische" Vorschriften im Agrarrecht im Gebiet der ehemals Britischen Zone Deutschlands. Zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung des streitrichterlichen Ermessens im bürgerlichen Recht, Dissertation Münster 1956;
Greulich, Heinrich	Eintritt in fremdes Angebot, in Der Betrieb 1955, 90;
Guhl, Theo	Das Schweizerische Obligationenrecht, 4. Auflage, Zürich 1948;
Gumpert, Jobst	Versetzung von Arbeitnehmern, in BB 1960, 907;
Heck, Philipp	Grundriß des Schuldrechts, 1. Auflage, Tübingen 1929;
Heilbron, Brigitte	Freies pflichtmäßiges Ermessen des Richters, Breslau 1929;
Henckel, Wolfram	Die ergänzende Vertragsauslegung, in AcP 159, 106;
Henrich, Dieter	Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag, Berlin - Tübingen 1965;
Hubmann, Heinrich	Grundsätze der Interessenabwägung, in AcP 155, 85;
Ihering, Rudolf von	Der Zweck im Recht, I. Band, Leipzig 1877;

Kaufmann, E.	Das Wesen des Völkerrechts und die clausula rebus sic stantibus, Rechtsphilosophische Studie zum Rechts-, Staats-und Vertragsbegriffe, Tübingen 1911;
Kegel, Gerhard	Rohstoff- und Rüstungskredite - Rechtsfragen ihrer Abwicklung, in JZ 1951, 385;
Kegel, Gerhard	Anmerkung zur Entscheidung des BGH in JZ 1952, 145, in JZ 1952, 147;
Kreß, Hugo	Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts, München 1929;
Krückmann, Paul	Clausula rebus sic stantibus, Kriegsklausel, Streikklausel, in AcP 116, 157;
Lange, Heinrich	Ausgangspunkte, Wege und Mittel zur Berücksichtigung der Geschäftsgrundlage, in Festschrift für Paul Gieseke, S. 21, Karlsruhe 1958;
Lange, Heinrich	Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, Ein Studienbuch, 8. Auflage, München und Berlin 1966;
Larenz, Karl	Derogierende Kraft des Gerichtsgebrauchs? in NJW 1951, 497;
Larenz, Karl	Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, 3. Auflage, München und Berlin 1963;
Larenz, Karl	Ergänzende Vertragsauslegung und dispositives Recht, in NJW 1963, 737;
Larenz, Karl	Lehrbuch des Schuldrechts, I. Band, Allgemeiner Teil, 7. Auflage, München und Berlin 1964;

Larenz, Karl	Lehrbuch des Schuldrechts, II. Band, Besonderer Teil, 7. Auflage, München und Berlin 1965;
Lehmann - Hübner	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 15. Auflage, Berlin 1966;
Lent, Friedrich	Anmerkung zur Entscheidung des KG in JR 1951, 375, in JR 1951, 376;
Leonhard, Franz	Allgemeines Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, I. Band, München und Leipzig 1929;
Lukes, Rudolf	§ 315 BGB als Ausgangspunkt für die Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen, in NJW 1963, 1897;
Mangold, Wolfgang	Eigentliche und ergänzende Vertragsauslegung, in NJW 1961, 2284;
Molitor, E.	Der Arbeitsplatz, in BB 1952, 493;
Müller-Gries	Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Frankfurt a. M. 1958;
Neumann-Duesberg, Horst	Gerichtliche Ermessensentscheidungen nach §§ 315 ff BGB, in JZ 1952, 705;
Nipperdey, Hans Carl	Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag, Jena 1920;
Nipperdey, Hans Carl	Vertragstreue und Nichtzumutbarkeit der Leistung Mannheim-Berlin-Leipzig 1921;
Obermayer, Klaus	Das Verhaltensermessen der Verwaltungsbehörden, in NJW 1963, 1177;

Oertmann, Paul	Die Geschäftsgrundlage, - Ein neuer Rechtsbegriff -, Leipzig - Erlangen 1921;
Oertmann, Paul	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Buch, Recht der Schuldverhältnisse, 1. Abteilung, §§ 241 bis 432, 5. Auflage, Berlin 1928;
Oeschey, Rudolf	Rechtsgestaltung durch Richterspruch, in AöR 68 (N.F. 29), 40;
Palandt	Bürgerliches Gesetzbuch, 25. Auflage, München und Berlin 1966;
Pieper, Helmut	Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, in JuS 1962, 409;
Planck	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, II. Band, 1. Hälfte, §§ 241 - 386, Recht der Schuldverhältnisse, 4. Auflage, Berlin 1914;
Pohle, Rudolf	Zur Lehre vom Rechtsschutzbedürfnis, in Festschrift für Friedrich Lent, S. 195, München und Berlin 1957;
Pollock's	Principles of Contract, 13. Edition by P. H. Winfield, London 1946;
Reichsgerichtsräte	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, I. Band, 1. Teil, Allgemeiner Teil, §§ 1 - 240, 11. Auflage, Berlin 1959;
Reichsgerichtsräte	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, I. Band, 2. Teil, §§ 241 - 432, 11. Auflage, Berlin 1960;

Reichsgerichtsräte	Kommentar zum Handelsgesetzbuch, II. Band, bearbeitet von Otto Weipert, 2. Auflage, Berlin 1950;
Rhode, H.	Die Willenserklärung und der Pflichtgedanke im Rechtsverkehr, Berlin 1938;
Rosenberg, Leo	Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 9. Auflage, München und Berlin 1961;
Roth, Hans	Der Vorvertrag, Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Neue Folge, 37. Heft, Bern 1928;
Rothe, Gerhard	Richterliches Ermessen und Gestaltungswirkung, in AcP 151, 33;
Sarstedt, Werner	Die Revision in Strafsachen, 4. Auflage, Essen 1962;
Schlegelberger	Handelsgesetzbuch, 4. Auflage, 3. Band, Berlin und Frankfurt a. M. 1965;
Schlegelberger- Quassowski	Aktiengesetz, 2. Auflage, Berlin 1937;
Schmidt, Reimer	Die Obliegenheiten, Karlsruhe 1953;
Schmidt-Rimpler, Walter	Zum Problem der Geschäftsgrundlage, in Festschrift für H. C. Nipperdey, S. 1, München und Berlin 1955;
Schmidt-Rimpler, Walter	Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts, in AcP 147, 130;

Schönke, Adolf	Das Rechtsschutzbedürfnis, Prozeßrechtliche Abhandlungen Heft 17, Detmold, Frankfurt, Berlin 1950;
Scholz, Franz	Kommentar zum GmbH-Gesetz, 5. Auflage, Köln-Marienburg 1964;
Seckel, Emil	Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts, in Festgabe der Berliner Juristischen Gesellschaft für Richard Koch, S. 205, Berlin 1903;
Siber, Heinrich	Der Rechtszwang im Schuldverhältnis nach Deutschem Reichsrecht, Leipzig 1903;
Sieg, Karl	Korrektur von Rechtsgeschäften durch den Prozeßrichter, in NJW 1951, 506;
Soergel-Siebert	Bürgerliches Gesetzbuch, I. Band, §§1 bis 432, 9. Auflage, Stuttgart 1959;
Stammler, Rudolf	Theorie der Rechtswissenschaft, Halle 1911;
Staudinger	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, I. Band, Allgemeiner Teil, 10. Auflage, München, Berlin und Leipzig 1936; und 11. Auflage, Berlin 1957;
Staudinger	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, II. Band, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1 b, § 242, 11. Auflage, Berlin 1961;
Staudinger	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, II. Band, Recht der Schuldverhältnisse, 1. Teil, §§ 241-432, 9. Auflage, München, Berlin und Leipzig 1930;

Stein-Jonas-Schönke-Pohle	Kommentar zur Zivilprozeßordnung, I. Band, 18. Auflage, Tübingen 1953
Stein-Jonas-Schönke-Pohle	Kommentar zur Zivilprozeßordnung, II. Band, 18. Auflage, Tübingen 1956;
Stölzel, Adolf	Schulung für die zivilistische Praxis, 1. Teil, 8. Auflage, Berlin 1909;
Stölzel, Adolf	Beweislast bei Streit über Darlehenskündigungsfristen, in ZZP 35, 1;
Thomas-Putzo	Zivilprozeßordnung, 2. Aufl., München und Berlin 1965;
Titze, Heinrich	Die Lehre vom Mißverständnis, Berlin 1910;
Titze, Heinrich	Richtermacht und Vertragsinhalt, Tübingen 1921;
Ule, Carl Hermann	Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht, in Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, S. 309, München 1955;
Verdross, Alfred	Völkerrecht, 5. Auflage, Wien 1964;
Wabnitz, Bodo	Der Vorvertrag in rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Betrachtung, Dissertation Münster 1962;
Westermann, Harry	Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidung im Zivilrecht, Münster 1955;

Westermann, Harry	Einheit und Vielfalt der Wertungen in der Irrtumslehre - Ein Querschnitt durch die Irrtumsregelung des Zivilrechts, in JuS 1964, 169;
Wicher, Reinhard	Zur Frage der Haftung für fehlerhafte Leistung, in AcP 158, 297;
Wieacker, Franz	Richtermacht und privates Rechtsverhältnis, Eine Übersicht über den Stand der Problematik im Privatrecht, in AöR 68 (N.F. 29), 1;
Wolff, Hans J.	Verwaltungsrecht I, Ein Studienbuch, 6. Auflage, München und Berlin 1965;
Zitelmann, Ernst	Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Allgemeiner Teil, Leipzig 1900.

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a. M.	anderer Meinung
a. a. O.	am angeführten Ort
GgWb	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Henrich	Henrich, Dieter Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag, Berlin - Tübingen 1965;
Rdnr	Randnummer
RGRK	Kommentar der Reichsgerichtsräte

Kommentare zum Bürgerlichen Gesetzbuch werden durchgehend ohne Angabe des Sachgebietes (BGB) zitiert.

§ 1
EINLEITUNG

I. DER BEGRIFF DER ANPASSUNGSKLAUSEL

Bei einem Vertragsabschluß gehen die Parteien in der Regel davon aus, daß die für die vertraglichen Abmachungen maßgeblichen Umstände während der Geltungsdauer des Vertrages unverändert bleiben. Erweist sich diese Erwartung als unzutreffend, kann der Fall eintreten, daß der geschlossene Vertrag infolge der veränderten Umstände nicht mehr oder nur in einer Weise erfüllt werden könnte, die dem ursprünglich erzielten Interessenausgleich widerspräche. Um aber auch dann noch ein Ergebnis zu ermöglichen, das der Interessenlage gerecht wird, haben die Rechtsordnungen verschiedener Zeiten und Völker der benachteiligten Partei das Recht eingeräumt, den Vertrag ohne Zustimmung des Partners der späteren Entwicklung angleichen zu lassen. So kannten etwa das Gemeine Recht [1] und das Preußische Allgemeine Landrecht [2] - ebenso wie das heutige Völkerrecht [3] und andere Rechtssysteme [4] - die Lehre von der clausula rebus sic stantibus. [5] Wesentliches Merkmal dieses Instituts ist es, den Vertrag, dem es sinngemäß ist, den Einfluß späterer Interessenverschiebungen infolge veränderter Umstände auszuschließen [6], der sich wandelnden Wirklichkeit angleichen zu können. Allerdings führt diese Anpassung vielfach dazu, die Rechtsbeziehungen aufzulösen. Da ein derartiges Ergebnis jedoch nicht immer den Vorstellungen der Parteien

---

1) Bornemann, Systematische Darstellung des Preußischen Civilrechts, II. Bd., S. 361.

2) §§ 377 ff I 5.

3) Berber, Völkerrecht, I. Bd., § 70 IV g (S. 459); Verdross, Völkerrecht, S. 179 ff; E. Kaufmann, Das Wesen des Völkerrechts und die clausula rebus sic stantibus.

4) So beispielsweise das schweizerische Recht (Guhl, Das Schweizerische Obligationenrecht, S. 224); einschränkend dagegen für das österreichische Recht Ehrenzweig, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, I. Bd., S. 256 ff. Das englische Common Law hilft in diesen Fällen mit dem Institut der "frustration", vgl. Pollock-Winfield, Principles of Contract, S. 222 ff, 241 f; auch Anson, Principles of the English Law of Contract, S. 244, 251 f.

5) Das römische Recht kannte diese Klausel in allgemeiner Form nicht; vgl. Fritze in ArchBürgR 17, 22.

6) Ihering, Zweck im Recht I, S. 76; Fikentscher, Schuldrecht, § 27 II 2 (S. 107).

entspricht, vereinbaren die Partner oft eine Klausel, in der sie auch für den Fall vorsorgen, daß sich die Verhältnisse ändern sollten. Beispiele solcher Klauseln finden sich in vielen Rechtsgebieten. [1] In Miet- oder Pachtverträgen heißt es häufig [2]

> "Tritt eine wesentliche Veränderung der Verhältnisse ein, so kann der Vermieter verlangen, daß der Mietzins den neuen Verhältnissen angeglichen wird."

oder in Kaufverträgen wird festgestellt

> "Wenn in der Zeit zwischen Vertragsabschluß und Lieferungstag grundlegende Änderungen eintreten, so wird der vereinbarte Preis auf die neuen Verhältnisse abgestellt."

Kennzeichnend ist jeweils, daß mit Hilfe der Klausel die Starre der einmal erzielten Einigung zu Gunsten der Möglichkeit aufgehoben werden soll, den vertraglichen Interessenausgleich so beweglich zu gestalten, wie sich die Interessen der Parteien als Folge ihrer Abhängigkeit von allgemeinen oder besonderen Umständen wandeln. Letztlich dient die Klausel somit dem Zweck, einen gerechten Interessenausgleich für die Dauer des Vertrages zu gewährleisten.

II. DIE ARTEN DER ANPASSUNGSKLAUSEL

Entsprechend der Vielfalt möglicher Vertragsarten und Interessenlagen weisen auch die Anpassungsklauseln in ihren tatbestandlichen Voraussetzungen und Rechtsfolgen unterschiedliche Gestaltungsformen auf.

So kann etwa der Tatbestand, der erfüllt sein muß, um die Anpassungsbefugnis als Rechtsfolge wirksam werden zu lassen, bestimmt oder allgemein gefaßt sein. Er mag lauten [3]

> "Soweit die öffentlichen Lasten wie Grundabgaben, Hypothekenzinsen usw. sich innerhalb der Vertragsdauer um mehr als 20% erhöhen, soll zwischen den Parteien ein angemessener Ausgleich stattfinden ..."

---

1) Im Völkerrecht etwa im Art. 12 des Nato-Vertrages vom 4.4.1949, oder Art. 10 des Generalvertrages vom 26.5.1952 in der Fassung vom 23.10.1954.

2) vgl. BGH BB 1960, 118 Nr. 222.

3) vgl. BGH BB 1958,1220 Nr. 2131.

oder die Parteien vereinbaren

> "Tritt eine wesentliche Veränderung der Verhältnisse ein, kann der Mietzins angeglichen werden."

Den verschiedenen Tatbestandsarten entspricht auf der anderen Seite eine Vielfalt möglicher Rechtsfolgen. So können die Parteien festlegen, daß sich jede Anpassung nur auf eine bestimmte Leistung beziehen soll, [1] Als sogenannter Preisvorbehalt ist diese Klausel insbesondere Inhalt vieler Kaufverträge. [2] Die Parteien können aber auch für den Fall, daß sich maßgebliche Umstände ändern, ein Rücktrittsrecht vereinbaren. [3] Des weiteren kann einem Vertragspartner das Recht eingeräumt werden, seine Leistung zu widerrufen; [4] oder es wird beispielsweise in einem Arbeitsvertrag niedergelegt, daß der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer unter gewissen Voraussetzungen einen anderen Arbeitsplatz zuweisen darf. [5] Letztlich besteht noch die Möglichkeit, eine allgemeine Anpassung als Rechtsfolge vorzusehen. [6]

> "Treten grundlegende Änderungen ein, ist der Vertrag entsprechend anzupassen."

Weiterhin vereinbaren die Parteien gelegentlich, daß die Entscheidung über das "ob" einer Anpassung demjenigen anheimgestellt wird, der gegebenenfalls den Vertrag angleichen soll. Sie können aber auch bestimmen, daß im Falle der Tatbestandserfüllung der Vertrag angepaßt werden muß.

Dem Anpassungsberechtigten können zudem von den Parteien unterschiedliche subjektive Maßstäbe gesetzt werden, nach denen der Vertrag geändert werden soll. So kann das "wie" einer Anpassung in das billige Ermessen [7] oder Belieben des Berechtigten gestellt werden; es kann aber auch vorgeschrieben werden, daß die Änderung nach Treu und Glauben erfolgen soll.

---

1) Ein gesetzliches Beispiel solcher Klauseln ist § 87 Abs. 2 Satz 1 AktG.
2) vgl. dazu das Beispiel auf der Seite 2.
3) Oertmann § 315 Anm. 1 b betont zutreffend, daß Vorbehaltsklauseln in Wahrheit oft ein Rücktrittsrecht darstellen.
4) vgl. LAG Frankfurt in BB 1952, 32 und BAG AP Nr. 13 zu § 242 BGB.
5) Das wäre allerdings nur sinnvoll, wenn das allgemeine Weisungsrecht des Arbeitgebers in dem betreffenden Einzelarbeitsvertrag eingeschränkt oder ausgeschlossen worden wäre; Gumpert in BB 1960, 908 und Molitor in BB 1952, 494. Im übrigen vgl. auch § 60 BetrVerfG.
6) Zu beachten ist jedoch, daß diese dem Wortlaut nach allgemeine Formel durch einen bestimmten Tatbestand konkretisiert sein kann.
7) Ein Beispiel enthält die Entscheidung des BGH in BB 1962, 737 Nr. 1231.

Ebenso unterschiedlich wird in der Anpassungsklausel auch die Frage geregelt, wer anpassungsbefugt ist. Häufig wird einer Partei das Recht eingeräumt, den Vertrag veränderten Umständen anzugleichen. Insbesondere in Kaufverträgen findet sich oft die Bestimmung, daß der Verkäufer unter gewissen Voraussetzungen den geltenden Preis erhöhen darf. Manche Klauseln sehen jedoch auch vor, daß der Vertrag durch eine Vereinbarung der Parteien geändert werden soll. Gelegentlich überlassen es die Parteien auch einem oder einer Mehrheit von Dritten, den Vertrag anzupassen. [1]

> "Ändern sich die Verwertungsverhältnisse der Molkerei durch außergewöhnliche Verhältnisse in erheblichem Maße und wird dadurch der vereinbarte Milchpreis für einen der beiden Vertragsteile untragbar und kommt es zu keiner gütlichen Einigung zwischen beiden Teilen, so entscheidet ein Schiedsgericht."

III. DIE ZULÄSSIGKEIT DER ANPASSUNGSKLAUSEL

Mit der Anpassungsklausel verfolgen die Parteien den Zweck, den Vertrag unter bestimmten Voraussetzungen abzuändern. Gegen diesen Inhalt der Klausel bestehen keine Bedenken; denn einerseits können die Parteien gemäß § 305 BGB ohnehin ein Schuldverhältnis aufheben oder ändern, zum anderen umfaßt die den Rechtsgenossen eingeräumte Vertragsfreiheit auch die Freiheit der inhaltlichen Gestaltung eines Schuldverhältnisses. [2] Soweit daher die Schranken gewahrt werden, die der Vertragsfreiheit gesetzt sind, können gegen die allgemeine Zulässigkeit der Anpassungsklausel keine Einwände erhoben werden.

Allerdings kann die Wirksamkeit der Klausel durch die besondere Vorschrift des § 3 WährG ausgeschlossen sein. [3] Vereinbarungen, die dieser Vorschrift unterfallen, bedürfen der Genehmigung der Deutschen Bundesbank oder der Landeszentralbanken. Nach Ansicht dieser Banken sind derartige Klauseln in zwei Fällen

---

1) s. RGZ 152, 201 (202).

2) Zu dem Umfang und Inhalt der Vertragsfreiheit vgl. etwa Erman-Hefermehl – Anm. II vor § 145.

3) § 3 WährG lautet: "Geldschulden dürfen nur mit Genehmigung der für die Erteilung von Devisengenehmigungen zuständigen Stelle in einer anderen Währung als in Deutscher Mark eingegangen werden. Das gleiche gilt für Geldschulden, deren Betrag in Deutscher Mark durch den Kurs einer solchen anderen Währung oder durch den Preis oder eine Menge von Feingold oder von anderen Gütern oder Leistungen bestimmt werden soll."

gegeben. [1] Einmal bei Vertragsbedingungen, die ausdrücken, daß sich bei einer Veränderung einer bestimmten Bezugsgröße die vertragliche Geldschuld in einem festen, meist in dem gleichen prozentualen Verhältnis zu ändern hat. Außerdem soll aber auch diejenige Vereinbarung genehmigungspflichtig sein, die besagt, daß sich bei einer Änderung der Bezugsgröße die vertragliche Geldschuld unbedingt verändern muß, ohne allerdings das Ausmaß dieser Veränderung festzulegen. Genehmigungspflichtig wäre danach jede Anpassungsklausel, die als Tatbestand die Änderung einer bestimmten Bezugsgröße und als Rechtsfolge die Pflicht zur Anpassung der Geldschuld enthält.

Demgegenüber schränkt der Bundesgerichtshof den Anwendungsbereich des § 3 WährG ein. Nach seiner Ansicht ist eine Klausel nur dann genehmigungspflichtig, wenn bei einer Veränderung der Bezugsgröße "automatisch" die Geldschuld im gleichen Maße steigen soll, d.h. wenn die Entwicklung der Bezugsgröße eine feste und eindeutig bezifferte Änderung der Geldschuld zur Folge hat. [2] In allen anderen Fällen sei eine Genehmigung nicht erforderlich.

Zuzustimmen ist dem Bundesgerichtshof. § 3 WährG muß so ausgelegt werden, daß sowohl den währungspolitischen Belangen als auch dem Grundsatz der Vertragsfreiheit hinreichend Rechnung getragen wird. Diesem Bedürfnis entspricht die Ansicht des Bundesgerichtshofs. Die weitergehende Meinung der Banken schränkt demgegenüber die inhaltlichen Gestaltungsmöglichkeiten und damit die Vertragsfreiheit zu stark ein, ohne daß dieses Verfahren durch währungspolitische Überlegungen zwingend geboten wäre.

Im folgenden sollen nun vor allem zwei Gruppen möglicher Anpassungsklauseln untersucht werden. Zunächst sind jene Klauseln Gegenstand der Erörterungen, die die Anpassung einer gemeinsamen Vereinbarung der Parteien übertragen. Diese Klauseln bedürfen insofern einer näheren Betrachtung, als sie meist in Verträgen zu finden sind, denen eine außergewöhnliche wirtschaftliche Bedeutung zukommt. Anschließend wird dann nach der Rechtsnatur der Klauseln gefragt, die das Recht zur Anpassung einer Partei vorbehalten. Ihre gesonderte dogmatische Untersuchung ist durch ihre häufige Verwendung und der damit gegebenen Wichtigkeit gerechtfertigt.

---

1) vgl. Dürkes, Wertsicherungsklauseln, S. 30 ff.

2) vgl. BGH BB 1960,118 Nr. 222; BGH BB 1960,344 Nr. 613.

§ 2
ANPASSUNG DURCH EINE PARTEIVEREINBARUNG

Wie bereits dargelegt, [1] können die Parteien die Voraussetzungen einer Anpassung eindeutig festlegen oder allgemein umschreiben. Das gilt auch für die hier in Betracht kommenden Klauseln. Sie können in Tatbestand und Rechtsfolge eine bestimmte Bezugsgröße enthalten

> "Ändert sich das Anfangsgrundgehalt eines unverheirateten Regierungsrats der Ortsklasse S, so soll der Mietzins entsprechend angeglichen werden."

oder einen generalklauselartigen Änderungsvorbehalt darstellen

> "Ändern sich die zur Zeit des Vertragsabschlusses herrschenden Verhältnisse, werden die Parteien den Vertrag anpassen."

Derartige Klauseln werden nun allerdings kaum in Verträgen zu finden sein, die kurzfristig abzuwickeln sind. So besteht etwa in einem Kaufvertrag, der Zug um Zug erfüllt wird, kein Bedürfnis, eine solche Regelung aufzunehmen. Regelmäßig ist hier eventuellen Änderungen ausreichend begegnet, wenn ein einseitiger Änderungsvorbehalt vereinbart wird. Ebensowenig werden Klauseln, die eine gemeinsame Anpassung vorschreiben, Teil jener Verträge sein, deren Geltungsdauer sich zwar über einen längeren Zeitraum erstreckt, an deren Bestand über alle Wechselfälle hinweg die Parteien aber nicht interessiert sind. Desgleichen kommen diese Anpassungsklauseln nur selten in Verträgen vor, bei denen eine Partei eine stärkere Stellung innehat als die andere. Auch in diesen Fällen wird sich der vorherrschende Teil das Recht einräumen lassen, unter bestimmten Voraussetzungen den Vertrag ändern zu dürfen. So wird beispielsweise der Vermieter einer Wohnung hinsichtlich der Erhöhung des Mietzinses infolge gestiegener Lebenshaltungskosten nicht abhängig sein wollen von der jeweiligen Zustimmung des Mieters. Vielmehr wird er, begünstigt durch seine gegenwärtig meist stärkere Verhandlungsstellung, die Klausel in den Vertrag aufnehmen lassen, daß er bei Eintritt bestimmter Voraussetzungen einseitig den Mietzins erhöhen darf.

Aus der Übersicht dieser Fälle, in denen die hier zu prüfende Anpassungsklausel regelmäßig nicht vorkommt, lassen sich nunmehr Anhaltspunkte dafür gewinnen, wann sie vereinbart wird. Hauptsächlich wird sie sich in solchen Verträgen finden, die einen bestimmten Lebensbereich über einen längeren Zeitraum hinweg ordnen sollen und die für beide, sich in gleicher Verhandlungsposition befindenden Parteien oder aber wenigstens für einen Partner von erheblicher, oft die wirtschaftliche Existenz betreffender Bedeutung sind. Beispiele derartiger Vereinbarun

---

1) vgl. Seite 2 f.

gen können etwa Gesellschaftsverträge sein. Sie finden sich aber auch in anderen Bereichen.

> "Zwischen dem Autowerk A und B wird ein Vertrag mit einer Laufzeit von zwanzig Jahren geschlossen. Darin verpflichtet sich A, 50% der benötigten PKW-Sitze von B zu beziehen, B seinerseits geht die Verpflichtung ein, seine Produktionsmöglichkeiten diesem Bedarf anzugleichen. Durch den Vertrag sind 80% der Produktionskapazität des B ausgelastet. [1]"

In einem solchen Vertrag wird häufig eine Anpassungsklausel enthalten sein; denn zumindest B hat ein großes Interesse daran, den Vertrag über die festgelegte Dauer, auch bei sich ändernden Verhältnissen, abwickeln zu können. Schließlich hat er seine maschinellen Anlagen für den bestimmten Typ eingerichtet, er hat sich weiterhin durch den gesicherten Absatz eines großen Teils seiner Produktion aus dem wirtschaftlichen Wettbewerb zurückgezogen. Würde daher A aus irgendwelchen Gründen nach wenigen Jahren von seiner Abnahmepflicht befreit, bedeutete dies für B mit hoher Wahrscheinlichkeit die Vernichtung seiner wirtschaftlichen Existenz, weil er kaum imstande wäre, kurzfristig seinen Maschinenpark umzustellen und außerdem neue Absatzmöglichkeiten zu erschließen. Zugleich wäre dadurch aber auch die wirtschaftliche Existenz jener Menschen betroffen, die in Arbeitsverhältnissen zu B ständen. [2]

Zwar ist zuzugeben, daß derartige Verträge nicht sehr häufig vorkommen. Indes hat das erwähnte Beispiel dargelegt, daß die mögliche Seltenheit dieser Verträge und damit der Anpassungsklauseln nicht mit deren Bedeutungslosigkeit gleichzusetzen ist; denn gerade bei den Verträgen, die die Anpassungsklausel enthalten, ist die Frage, wie die Klausel auszulegen, dogmatisch einzuordnen und zu behandeln ist, in der Regel nicht nur für die Parteien, sondern darüber hinaus auch für eine Vielzahl anderer Menschen von erheblicher wirtschaftlicher Wichtigkeit. Diese wirtschaftliche Bedeutung der Anpassungsklausel rechtfertigt und erfordert es nicht nur, ihre rechtliche Problematik zu untersuchen. Sie ist zugleich ein Maßstab und Gesichtspunkt, der auch bei der rechtlichen Beurteilung nicht außer

---

1) Noch deutlicher träte die wirtschaftliche Wichtigkeit hervor, wenn der Vertrag eine Ausschließlichkeitsklausel enthielte. Indes könnten sich dann Bedenken aus dem GgWb ergeben (vgl. Fikentscher in Hueck-Festschrift, S. 551; Müller-Gries § 18 Rdnr. 5).

2) Diese Folgen werden ersichtlich, wenn etwa einem Betrieb mit 300 Beschäftigten, der fast ausschließlich die Sitze des VW 1200 produziert, diese Absatzmöglichkeit plötzlich genommen würde.

Acht gelassen werden darf. [1]

I. DIE RECHTSNATUR DER ANPASSUNGSKLAUSEL

1) Die Rechtsnatur der vollzogenen Anpassungsvereinbarung

Sind die Parteien der Meinung, daß die Voraussetzungen der Anpassungsklausel vorliegen, so werden sie in Verhandlungen darüber eintreten, welche vertraglichen Bestimmungen abgeändert werden sollen. Werden sie sich insoweit einig und gleichen sie den Vertrag durch eine gemeinsame Vereinbarung den veränderten Umständen an, liegt darin ein Abänderungsvertrag gemäß § 305 BGB; denn die Parteien wollen durch diese Vereinbarung nicht das alte Schuldverhältnis aufheben und an seine Stelle ein neues setzen, sondern das bestehende Vertragsverhältnis in einzelnen Punkten abändern oder ergänzen, um es den gegebenen Umständen anzupassen. Im übrigen sollen aber die nicht geänderten Bestimmungen in Kraft bleiben. Ohne Bedeutung ist es dabei auch für die Rechtsnatur der vollzogenen Anpassungsvereinbarung, welche vertraglichen Abmachungen geändert werden. Ein Abänderungsvertrag kann sich sowohl auf Haupt- als auf Nebenleistungen beziehen; er kann weiterhin die Art der Vertragsdurchführung betreffen oder lediglich eine Zusatzvereinbarung darstellen. [2]

2) Die Rechtsnatur der Anpassungsklausel

Bei der Frage, wie die Anpassungsklausel dogmatisch einzuordnen ist, in der sich die Parteien zu einer gemeinsamen Anpassung verpflichtet haben, könnte nun einmal von der soeben dargelegten Rechtsnatur der vollzogenen Anpassungsvereinbarung ausgegangen werden; es könnte aber auch der bestehende Vertrag als Anknüpfungspunkt der Betrachtung anzusehen sein. Naheliegend ist es, zunächst bei der vollzogenen Anpassungsvereinbarung anzusetzen, weil auf deren Abschluß die Anpassungsklausel gerichtet ist.

---

1) Um die dogmatische Untersuchung jedoch nicht nur auf derartige Sonderfälle einzuengen und ihr damit nur eine beschränkte Aussagekraft zu geben, soll im folgenden auch beachtet werden, wie es wäre, wenn sich die Klausel in gewöhnlichen Verträgen befände.

2) Kreß, Allgemeines Schuldrecht, § 9,1 (S. 147); Larenz, Schuldrecht, I. Bd., § 9 I (S. 98).

a) Wird der Zusammenhang zwischen der Anpassungsklausel und der sie später vollziehenden Vereinbarung beachtet, so könnte gesagt werden, daß die Parteien mit der Klausel einen aufschiebend bedingten Abänderungsvertrag geschlossen haben. Als Bedingung sei dabei die in dem Tatbestand umschriebene Änderung der Verhältnisse anzusehen.

Diese Ansicht ist jedoch unzutreffend, weil die Parteien in der Klausel nur eine Verpflichtung zur Anpassung eingehen, nicht aber schon die Anpassung selbst vollziehen wollen. Die Abänderung soll vielmehr gerade einer weiteren Einigung, d.h. einem erneuten Vertragsabschluß, vorbehalten werden. Eine solche spätere Einigung halten die Parteien insofern für notwendig, als Art und Ausmaß möglicher Änderungen kaum voraussehbar und daher im vorhinein nicht regelbar sind. Somit wäre es ein Widerspruch zu dem Parteiwillen, wenn die Anpassungsklausel als bedingter Abänderungsvertrag bezeichnet würde.

b) Aus der engen Beziehung zwischen der Anpassungsklausel und der sie vollziehenden Vereinbarung könnte jedoch gefolgert werden, daß die Klausel ein Vorvertrag zu dem späteren Abänderungsvertrag sei.

Von einem Vorvertrag wird gesprochen, wenn sich zwei Parteien dazu verpflichten, demnächst einen anderen schuldrechtlichen Vertrag, den Hauptvertrag, abzuschließen. [1] Zwar ist der Vorvertrag als Rechtsinstitut nicht ausdrücklich im Gesetz geregelt; [2] es ist aber allgemein anerkannt, daß die Parteien im Rahmen der ihnen eingeräumten Vertragsfreiheit auch eine derartige vertragliche Bindung eingehen können. [3] Vorverträge kommen namentlich dann in Betracht, wenn dem Abschluß des gewollten Hauptvertrages noch Hindernisse tatsächlicher oder rechtlicher Art entgegenstehen, die Parteien aber bereits jetzt eine zweckentsprechende Bindung begründen wollen, um auf diese Weise die spätere Erreichung des Zweckes zu sichern. [4]

Danach könnte auch die Anpassungsklausel als Vorvertrag angesehen werden; denn die Parteien wollen sich durch diese Klausel zu dem Abschluß des Abänderungsvertrages verpflichten, den sie erst bei dem Eintritt vertragserheblicher Änderungen vollziehen können.

---

1) BGH NJW 1962, 1812 (1813); Larenz, Schuldrecht, I. Bd., § 6 III (S. 75 f).

2) Eine Regelung fehlte auch in den deutschen partikularrechtlichen Kodifikationen; vgl. Wabnitz, Der Vorvertrag in rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Betrachtung, Diss. Münster 1962, S. 2, 53, 78.

3) RGZ 66, 116 (120 f); RGRK/Krüger-Nieland Anm. 13 vor § 145.

4) BGH a.a.O.

Gegen die Annahme, die Anpassungsklausel sei ein Vorvertrag zu dem späteren Abänderungsvertrag, könnten jedoch einige Bedenken erhoben werden. So wäre zunächst darauf hinzuweisen, daß die Verpflichtung aus einem Vorvertrag mit der Erfüllung erlischt (§ 362 BGB), d. h. mit dem Abschluß des entsprechenden Hauptvertrages. Im Falle der Anpassungsklausel würden die Pflichten der Parteien also mit dem Abschluß des Abänderungsvertrages entfallen. Infolgedessen wäre die Klausel nach der erstmaligen Anpassung gegenstandslos. Dieses Ergebnis widerspräche jedoch dem Willen der Parteien. Sie wollen in der Klausel eine Verpflichtung zur Anpassung für die Geltungsdauer des Vertrages begründen. Ihnen ist somit daran gelegen, nicht nur einmal, sondern in einer unbestimmten Vielzahl zukünftiger Änderungen zur Angleichung des Vertrages verpflichtet zu sein. Entsprechend diesem Parteiwillen könnte die Anpassungsklausel nur dann als Vorvertrag bezeichnet werden, wenn diese Vertragsart nicht verhindern würde, die sich aus der Klausel ergebenden Pflichten auch nach der ersten Anpassung wirksam zu erhalten. Die Pflicht zur fortlaufenden Anpassung kann nun auf zwei Wegen mit der Rechtsnatur der Klausel als Vorvertrag in Übereinklang gebracht werden.

Einmal könnte gesagt werden, die Parteien würden bei jeder Abänderung die Anpassungsklausel stillschweigend von neuem vereinbaren. Diese Konstruktion wäre jedoch insofern nicht überzeugend, als ein Abänderungsvertrag sich nur auf diejenigen Vertragsteile bezieht, die ausdrücklich geändert werden sollen, das übrige Vertragsverhältnis hingegen unverändert in Kraft bleibt. Deshalb müßten auch hier die Parteien den erneuten Abschluß der Anpassungsklausel ausdrücklich zum Inhalt des Abänderungsvertrages oder einer Zusatzvereinbarung erheben.

Ist dieser Weg somit abzulehnen, so könnte dem Anliegen einer fortlaufenden Anpassung dadurch entsprochen werden, daß die Klausel als ein Vorvertrag bezeichnet wird, der zugleich einen Grund- oder Rahmenvertrag darstellt. Ein Rahmenvertrag ist eine Vereinbarung, die eine Partei berechtigt, zu bestimmten oder beliebigen Zeiten über die Leistung bestimmter oder beliebiger Mengen unter regelmäßig in dem Rahmenvertrag vornormierten Bedingungen den Abschluß von Einzelverträgen zu verlangen, und die andere Partei zu deren Abschluß verpflichtet. [1] Da auch die Klausel eine Partei berechtigt, bei dem Eintritt bestimmter oder allgemein umschriebener Änderungen den Abschluß eines entsprechenden Anpassungsvertrages von dem Partner zu fordern, könnte sie als ein derartiger Rahmenvertrag anzusehen sein, zumal damit auch dem Parteiwillen hinsichtlich des fortlaufenden Anpassungsrechtes Rechnung getragen wäre.

---

1) ↘ Esser, Schuldrecht, § 20, 3 (S. 63).

Würde jedoch die Anpassungsabrede als Rahmenvertrag bezeichnet, ergäbe sich die weitere Frage, ob dieser Rahmenvertrag auch einen Vorvertrag darstellt. In der Literatur wird ein Rahmenvertrag nicht grundsätzlich als Vorvertrag angesehen. Vielmehr werden verschiedene Voraussetzungen aufgestellt, die erfüllt sein müssen, um den Rahmen- einem Vorvertrag gleichstellen zu können. So verlangt Henrich, daß die zukünftigen Einzelverträge genügend bestimmt sind, um auf deren Abschluß aus dem Rahmenvertrag klagen zu können. [1] Aber selbst in diesem Falle sollen die Regeln, die für den Vorvertrag gelten, nur entsprechend anzuwenden sein. Roth lehnt es dagegen allgemein ab, Rahmenverträge als Vorverträge zu behandeln. [2] Coing begründet seine verneinende Haltung damit, daß sich die Parteien bei Abschluß des Rahmenvertrages schon unmittelbar zur Lieferung und Leistung verpflichten, während bei einem Vorvertrag erst noch der Hauptvertrag geschlossen werden müßte, um die Pflicht zur Leistung bestimmter Gegenstände zu begründen. [3] Schließlich weist Fikentscher [4] noch darauf hin, daß der Rahmenvertrag im Unterschied zum Vorvertrag kein vorläufiger Vertrag sei, sondern endgültig bestehen und den Rahmen für später abzuschließende Einzelverträge festlegen solle. Zudem enthalte der Rahmenvertrag in der Regel keine Abschlußpflicht der Beteiligten. Schon deshalb könne er nicht als Vorvertrag bezeichnet werden. Sofern jedoch im Einzelfalle eine solche Abschlußpflicht vereinbart worden sei, müsse der Rahmenvertrag zugleich als Vorvertrag behandelt werden.

Für die Anpassungsklausel ergeben sich aus diesen Erörterungen nun folgende Fragen: Ist die Abrede ein Rahmenvertrag? Oder stellt sie nur einen Vorvertrag dar, der nach einer einmaligen Anpassung gemäß § 362 BGB in seiner Bindungswirkung erlischt? Erst wenn diese Fragen beantwortet worden sind, kann weiterhin untersucht werden, ob die Klausel als Rahmen- und Vorvertrag im Sinne einer der dargelegten Meinungen bezeichnet werden kann.

Ob die Anpassungsklausel als Rahmenvertrag angesehen werden kann, ist zweifelhaft. Sie wäre nur dann ein Rahmenvertrag, wenn auch die bloße gegenseitige Pflicht, zu unbestimmten Zeiten Verträge mit noch unbestimmtem Inhalt abschließen zu wollen, den Erfordernissen eines Rahmenvertrages gerecht würde. Das ist jedoch zu verneinen. Ein Rahmenvertrag wird aus dem Bestreben geschlos-

---

1) Henrich, S. 117.

2) Roth, Der Vorvertrag, S. 154 f.

3) Staudinger-Coing Vorb. 22 vor § 145 spricht allerdings nur von dem Sukzessivlieferungsvertrag; seine Ansicht ist daher nicht auf alle Fälle des Rahmenvertrages anwendbar.

4) Fikentscher, Schuldrecht, § 24, 1 (S. 83).

sen, die auf Dauer angelegten Beziehungen allgemein zu regeln, so daß es bei der zu erwartenden Vielzahl abzuschließender Einzelverträge nicht erforderlich ist, jeweils neue Verhandlungen über die Bedingungen zu führen. In dem Rahmenvertrag werden somit die Einzelverträge inhaltlich "vornormiert". [1] Die Anpassungsklausel dagegen enthält keine vornormierten Bedingungen. Sie legt vielmehr die Pflicht fest, in jedem Fall erneut den Inhalt des abzuschließenden Einzelvertrages auszuhandeln. Während der Rahmenvertrag den Willen der Parteien ausdrückt, ihre Beziehungen zweckmäßig zu gestalten, indem sich stets wiederholende Verhandlungen vermieden werden, ist gerade die Pflicht zu solchen Verhandlungen Inhalt der Klausel. Die Anpassungsabrede als Rahmenvertrag anzusehen, widerspräche daher den für beide Institute typischen Parteiwillen und Interessenlagen. Im übrigen sind bei der Anpassungsklausel aber auch die begrifflichen Voraussetzungen eines Rahmenvertrags nicht erfüllt, weil der Inhalt der späteren Einzelverträge nicht im voraus, sondern nur von Fall zu Fall der Klausel unter Berücksichtigung aller Umstände entnommen werden kann. Aus allen dargelegten Gründen ist deshalb zu folgern, daß die Anpassungsklausel nicht als Rahmenvertrag zu bezeichnen ist.

Es ist außerdem aber auch unzutreffend zu behaupten, bei der Anpassungsklausel handele es sich um einen Vorvertrag. Kennzeichnend für einen Vorvertrag ist es, daß ein Aufschub des späteren Hauptvertrages tatsächlich gewollt und zugleich eine auf diesen Vertrag gerichtete Bindung in der Gegenwart vereinbart worden ist. Die Parteien müssen also einen künftigen Vertragsabschluß in Aussicht genommen haben und eine darauf gerichtete Verpflichtung vertragsmäßig eingegangen sein. Wesentliches Merkmal des Vorvertrages ist demnach das Vorläufige und Vorbereitende, das "Ausgerichtet-sein" auf einen zukünftigen Vertrag. Gerade diese typische Eigenart fehlt jedoch bei der Anpassungsklausel. Ihr Bezugspunkt ist wirtschaftlich und interessenmäßig nicht der zukünftige Abänderungsvertrag, sondern das bereits geschlossene Vertragsverhältnis. Sie will lediglich vertragsmäßige Modifikationen des bestehenden Schuldverhältnisses regeln, die durch spätere Ereignisse erforderlich werden könnten. Dieser Bezug der Anpassungsklausel rechtfertigt es jedoch nicht, in ihr einen Vorvertrag zu dem Abänderungsvertrag zu sehen. [2]

Ist die Anpassungsklausel aber weder ein Rahmen- noch ein Vorvertrag, so ist damit jene Ansicht widerlegt, [3] die einen Rahmen- und Vorvertrag bejahen müßte, weil die Klausel sowohl den Abschluß weiterer Verträge regelt als auch die Pflicht enthält, diese späteren Verträge abzuschließen. Daß diese Merkmale nicht ausreichen, um die Klausel als Rahmen- und Vorvertrag bezeichnen zu können, ist

---

1) Esser, Schuldrecht, § 20, 3 (S. 63).

2) So auch Degenkolb in AcP 71, 24 und Roth, Der Vorvertrag, S. 294.

3) vgl. S. 11.

durch die vorangegangenen Überlegungen nachgewiesen worden.

Im Ergebnis ist deshalb festzustellen, daß die Anpassungsklausel weder als Rahmen- noch als Vorvertrag zu dem späteren Abänderungsvertrag angesehen werden kann.

c) Nachdem somit feststeht, daß der Zusammenhang zwischen der Anpassungsklausel und der späteren Abänderungsvereinbarung allein nicht geeignet ist, die Rechtsnatur der Klausel zu erklären, ist nunmehr zu versuchen, die dogmatische Einordnung der Klausel aus ihrer Stellung in dem ursprünglichen Vertrag zu vollziehen. Mit der Anpassungsabrede verfolgen die Parteien den Zweck, sich im beiderseitigen Interesse an eine eventuell notwendig werdende Abänderung des Vertrages zu binden und damit dem bestehenden Vertrag eine größere Bestandskraft zu verleihen. Ihre Zulässigkeit ergibt sich aus dem Grundsatz der Vertragsfreiheit, der den Parteien einweites Feld überläßt, die Vereinbarungen zu treffen, von denen sie annehmen, daß sie ihrer Interessenlage am ehesten gerecht werden.

Demnach kann die Anpassungsklausel, nach der eine Anpassung durch beide Parteien erfolgen soll, als eine vertragliche Abrede im Rahmen des ursprünglichen Vertrages bezeichnet werden, die dogmatisch dem Bereich zuzuordnen ist, in dem die Parteien zur freien inhaltlichen Gestaltung ihrer Rechtsbeziehungen befugt sind. Beachtet werden muß dabei aber, daß die Klausel durch ihren Bezug zu der unbestimmten Vielzahl später abzuschließender Änderungsverträge sowohl einem Rahmenvertrag als auch einem Vorvertrag ähnlich ist. Diese Ähnlichkeit kann zu berücksichtigen sein, wenn es gilt, einzelne dogmatische Fragen der Anpassungsklausel zu klären. Vor allem könnte dann auf die Regelungen zurückzugreifen sein, die für den Vorvertrag entwickelt worden sind, es sei denn, die Verschiedenheit beider Rechtsinstitute stände dem entgegen.

Zweifelhaft könnte schließlich noch sein, ob die in dieser Weise qualifizierte Anpassungsabrede auch als gegenseitiger Vertrag anzusehen ist. Wird versucht, diese Frage aus der Ähnlichkeit der Klausel mit dem Vorvertrag zu beantworten, so ergibt sich, daß eindeutige Aussagen insoweit nicht zu gewinnen sind; denn Literatur und Rechtsprechung nehmen zu diesem Problem bei dem Vorvertrag kaum Stellung. Nur gelegentlich wird gesagt, daß der Vorvertrag ein gegenseitiger Vertrag sein kann. [1] Auch der Bundesgerichtshof wendet die Vorschriften auf den Vorvertrag an, die für gegenseitige Verträge gelten. [2]

---

1) Mezger in Soergel-Siebert Rdnr. 21 vor § 145.

2) BGH in LM Nr. 3 zu § 162 BGB und in NJW 1963, 1247; einen anderen Standpunkt vertritt wohl Greulich in Der Betrieb 1955, 90. Widersprüchlich argumentiert Henrich, S. 193, 204, 205.

Richtig dürfte es sein, sowohl für den Vorvertrag als auch für die Anpassungsklausel darauf abzustellen, ob eine gegenseitige Abschlußpflicht vereinbart worden ist. [1] Liegt diese Voraussetzung vor, kann von einem gegenseitigen Vertrag gesprochen werden, weil dann die typische Leistungsverbindung eines solchen Vertrages besteht. Jede Partei verpflichtet sich zur Anpassung des Vertrages, weil auch der Gegner diese Pflicht eingeht.

d) Zur Wirksamkeit der Anpassungsklausel ist es nun aber noch erforderlich, daß die in ihr vereinbarte Leistung hinreichend bestimmt oder bestimmbar ist. Nur dann können einklagbare und vollstreckbare Rechte und Pflichten aus ihr hergeleitet werden. Inhaltlich unbestimmbare Vereinbarungen sind dagegen nichtig.

Als Leistung, zu der sich die Parteien in der Anpassungsklausel verpflichtet haben, ist die Abgabe der Willenserklärung anzusehen, die zum Abschluß des Abänderungsvertrages notwendig ist. Der Inhalt dieser Willenserklärung müßte nun aus der Klausel bestimmt werden können. Dabei ist es jedoch nicht erforderlich, daß sich der Inhalt bereits bei dem Zustandekommen der Klausel genau feststellen läßt. Es genügt vielmehr, wenn die Parteien Richtlinien geben, nach denen die Leistung zu bestimmen oder zu ermitteln ist. [2]

Die Besonderheit der Anpassungsklausel besteht nun darin, daß die Parteien zwar die Art der Leistung (Willenserklärung) festgelegt, ihren Inhalt aber einer späteren Einigung vorbehalten haben. Diese Vereinbarung könnte zu unbestimmt sein, weil es ungewiß ist, auf welchen Inhalt des Anpassungsvertrages sich die Parteien einmal einigen werden. Indes ist hier wiederum der innere Zusammenhang der Anpassungsklausel mit dem späteren Abänderungsvertrag zu beachten. Die Klausel ist insofern doch einem Vorvertrag zu der vollzogenen Anpassungsvereinbarung ähnlich, als auch aus tatsächlichen Gründen, nämlich der noch nicht eingetretenen Änderung in den Verhältnissen, der Abänderungsvertrag nicht sofort abgeschlossen werden kann, die Parteien aber bereits eine dem späteren Vertragszweck entsprechende Bindung begründen wollen. Die Ähnlichkeit besteht außerdem darin, daß sich auch die Parteien eines Vorvertrages lediglich dazu verpflichten, den zukünftigen Hauptvertrag zu schließen, d. h. entsprechende Willenserklärungen abzugeben. Zudem sind die Partner eines Vorvertrages ebenfalls oft außerstande, den Inhalt des Hauptvertrages in ihrer Vereinbarung genau festzulegen, weil gerade insoweit noch künftige Ereignisse berücksichtigt werden sollen. Auch bei dem Vorvertrag stellt sich daher häufig das Problem, ob die Abrede der Parteien ausreichend bestimmt ist, um daraus Rechte und Pflichten herleiten zu können.

---

1) So für den Vorvertrag Fikentscher, Schuldrecht, § 23, 4b (S. 81).

2) Kreß, Allgemeines Schuldrecht, § 11, 4 (S. 204 f).

Insbesondere ergibt sich diese Frage, wenn die Erwartung der Partner, später gemeinsam den Vertrag entsprechend den inzwischen eingetretenen Umständen konkretisieren zu können, fehlschlägt, die Parteien sich also nicht zu einigen vermögen. Dem Richter obliegt es dann, die getroffene Vereinbarung darauf zu prüfen, ob sie überhaupt genügend Anhaltspunkte bietet, um Ansprüche und Pflichten der Parteien begründen zu können. Für den Vorvertrag sind nun dem Richter von dem Schrifttum und der Rechtsprechung ausreichende Richtlinien an die Hand gegeben worden, nach denen beurteilt werden kann, welche Anforderungen die inhaltliche Bestimmtheit insoweit mindestens erfüllen muß. [1] Dagegen ist bisher - soweit ersichtlich - für die hier in Betracht kommende Anpassungsklausel weder in Entscheidungen noch in der Literatur gesagt worden, welche Anhaltspunkte vorliegen müssen, um die inhaltliche Bestimmtheit bejahen zu können. Diese Frage könnte jedoch auf Grund der Ähnlichkeit beider Rechtsinstitute nach den Regeln zu beantworten sein, die für den Vorvertrag gelten.

Ein Vorvertrag ist insoweit wirksam, wenn sich aus ihm der Inhalt des Hauptvertrages hinreichend genau bestimmen läßt, wobei es genügt, daß der Richter den Inhalt im Streitfall festzusetzen vermag. [2] Welche Maßstäbe hat der Richter nun bei einer solchen Entscheidung zu beachten? Kann er den Inhalt des Vertrages nach eigenem Gutdünken bestimmen oder müssen in dem Vorvertrag Anhaltspunkte gegeben sein, die den Inhalt des Hauptvertrages bereits im wesentlichen umschreiben? Rechtsprechung und Schrifttum beantworten diese Fragen auf verschiedene und gelegentlich vieldeutige Weise.

Das Reichsgericht [3] vertrat in einer Entscheidung die Ansicht, daß ein Vorvertrag nicht genügend bestimmt sei, wenn der Inhalt des späteren Vertrages von der freien Entschließung beider Vertragspartner abhinge. In einem solchen Falle sei es nicht möglich, die Entschließung durch Richterspruch zu ersetzen oder zu ergänzen. Andere Entscheidungen des Reichsgerichts enthalten jedoch weniger strenge Anforderungen. So wird auch gesagt, daß es für die inhaltliche Bestimmtheit eines Vorvertrages genüge, wenn sich "bei freiester Auslegung nach Maßgabe der §§ 157, 242 ein dem Vertragszweck entsprechender, nach Möglichkeit der besonderen Sachlage angepaßter und den Vertragsparteien zumutbarer Haupt-

---

1) In den Motiven I S. 178 heißt es, "daß ein solcher Vertrag nur dann gültig ist, wenn der Inhalt des künftigen Vertrages, welcher auf Grund desselben geschlossen werden soll, zur Genüge bestimmt ist."

2) RGZ 66,116 (121); 124,81 (83); 149,385 (395); Mezger in Soergel-Siebert Anm. 19 vor § 145.

3) RGZ 124,81 (84).

vertragsinhalt" festlegen lasse. [1] Wieder andere Urteile sprechen davon, daß der Richter den Vertragsinhalt unter Berücksichtigung des vermutlichen Parteiwillens nach § 287 ZPO festsetzen kann. [2] Nach einer weiteren, in der Literatur vertretenen Ansicht soll der Richter dagegen befugt sein, die Bestimmung "in analoger Anwendung der §§ 315 ff BGB" nach billigem Ermessen zu treffen. [3] Letztlich wird die Meinung geäußert, dem Richter ständen nur die Möglichkeiten der Vertragsauslegung und Vertragsergänzung [4] zur Verfügung, um den Inhalt zu ermitteln. [5] Deshalb dürfe der Vertragsinhalt nur dann richterlich festgesetzt werden, wenn er aus dem erkennbaren objektiven Zweck, den Grundgedanken und Sinnzusammenhang des Vertrages unter Berücksichtigung der Verkehrssitte abgeleitet werden könnte. [6]

In diesem Meinungsstreit kann zunächst der Ansicht, die nach Maßgabe des § 287 ZPO vorgehen möchte, nicht gefolgt werden. Diese Vorschrift ist ihrem Sinn und Zweck nach nicht geeignet, Grundlage einer Ermittlung des Vertragsinhaltes durch den Richter zu sein. Sie gilt vielmehr nur für die in ihr ausdrücklich genannten oder solche Fälle, die diesen zumindest vergleichbar sind. In ihnen, insbesondere den Schadensprozessen, ist es aus prozeßökonomischen Gründen geboten, das Gericht nach freier Überzeugung entscheiden zu lassen. [7] Andernfalls würden die Streitigkeiten um die Höhe des Schadens noch langwieriger und die Verfahren somit erheblich schwerfälliger. Keineswegs ist es deshalb aber berechtigt, § 287 ZPO in allen Fällen schwieriger Sachaufklärung anzuwenden.

---

1) RG SeuffA 92 Nr. 138; zustimmend Larenz, Schuldrecht, I. Bd., § 6 III (S. 76

2) RGZ 156, 129 (138); BGH LM Nr. 3 zu § 705 BGB; auch Fischer in Großkomm AktG § 16 Anm. 22 und BGB-RGRK § 705 Anm. 15; weiterhin Erman-Hefermehl Anm. VI vor § 145.

3) Scholz, GmbH-Gesetz, § 2 Anm. 10 a.

4) Unter diesem Begriff wird dabei die ergänzende Vertragsauslegung verstanden (Henrich, S. 140). Der dem Richter eingeräumte Spielraum hängt deshalb auch davon ab, ob die ergänzende Auslegung noch als Auslegung (so Erman-Hefermehl § 157 Anm. 6; Soergel-Siebert § 157 Anm. 80) oder als Anwendung dispositiver Normen anzusehen ist (so Henckel in AcP 159, 121, 124; vermittelnd Larenz in NJW 1963, 737 ff).

5) BGH LM Nr. 4 zu § 154 BGB; Blomeyer, Allgemeines Schuldrecht, § 18 III 1 (S. 76); Henrich, S. 140; ähnlich Staudinger-Coing Anm. 21 vor § 145; Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, II. Bd., § 337 (S. 615) verlangt, daß an den Vorvertrag die gleichen Anforderungen hinsichtlich der Vollständigkeit zu stellen sind wie an den Hauptvertrag.

6) Henrich, S. 141.

7) vgl. Blomeyer, Zivilprozeßrecht, § 72 IV (S. 366).

Ebensowenig kann § 315 BGB entsprechend angeführt werden. Diese Vorschrift setzt voraus, daß eine Partei ihre Privatautonomiebefugnisse insoweit auf den Vertragspartner übertragen hat, wie es zur Bestimmung der Leistung erforderlich ist. In dieser Interessenlage soll nun durch die Ermächtigung des Gerichts, bei einer verzögerten oder unbilligen Bestimmung selbst den geschuldeten Vertragsinhalt festsetzen zu können, sichergestellt werden, daß der Berechtigte bei der Ausübung der übertragenen Befugnisse die Grenzen der Privatautonomie schlechthin (Billigkeit) wahrt. Nur aus diesem Grunde erklärt sich die Ermächtigung des Gerichts. Keinesfalls kann daher § 315 BGB in völlig anders gearteten Interessenlagen herangezogen oder gar als eine allgemeine Norm aufgefaßt werden, durch die der Richter berechtigt ist, einen unklaren oder lückenhaften Vertragsinhalt selbst neu festzulegen. Somit bleiben lediglich jene Meinungen, die einerseits die Auslegung und Vertragsergänzung, andererseits eine freie Auslegung nach Maßgabe der §§ 157, 242 als Weg zur Ermittlung des Vertragsinhaltes gelten lassen wollen. Beiden Ansichten ist gemeinsam, daß sie objektive Anhaltspunkte voraussetzen, von denen bei der Inhaltsbestimmung ausgegangen werden kann. Zuzustimmen ist nun der Auffassung, die den Vorvertrag nur dann als genügend bestimmt ansieht, wenn der Inhalt des Hauptvertrages durch Auslegung oder Vertragsergänzung gewonnen werden kann. [1] Die Vertreter dieser Meinung heben zutreffend hervor, daß nach der gegenteiligen Ansicht den Parteien ein Vertrag aufgedrängt werden kann, der zwar dem Billigkeitsdenken des Richters, nicht aber dem Wollen der Parteien entspräche. Maßgeblich müsse aber der Parteiwillen sein, insbesondere in den Fällen, in denen es darum geht, vertragliche Rechte und Pflichten für beide Partner zu bestimmen. [2]

Diese Regeln, die für den Vorvertrag gelten, können auch auf die Anpassungsklausel angewandt werden; denn es ist kein Grund ersichtlich, der eine solche Übertragung ausschließen würde. Danach ist also die Klausel insoweit wirksam, wenn sich aus ihr der Inhalt des Abänderungsvertrages im Wege der Auslegung oder Vertragsergänzung gewinnen läßt. Soweit die Klausel eine bestimmte tatbestandliche Bezugsgröße enthält,

---

1) Indes besteht zwischen beiden Ansichten kein erheblicher Unterschied, vor allem dann nicht, wenn die Vertragsergänzung als Anwendung dispositiver Rechtssätze und damit des § 242 BGB verstanden wird; vgl. S. 16, Fußn. 4.

2) Auf die Frage, ob die Vertragsergänzung Auslegung oder Anwendung dispositiver Normen ist (vgl. S. 16, Fußn. 4), soll nur dann eingegangen werden, wenn sich später herausstellen sollte, daß im Falle der Klausel eine Vertragsergänzung notwendig ist.

"Ändert sich das Anfangsgrundgehalt eines unverheirateten Regierungsrats der Ortsklasse S, ..."

ist es dem Richter regelmäßig möglich, aus dem Umfang der Änderung dieser Größe und dem ursprünglichen Verhältnis der gegenseitigen Leistungen zu bestimmen, in welchem Maße welche Leistung geändert werden soll. Allerdings kann es auch bei dieser Klausel in einzelnen Fällen zweifelhaft sein, ob und gegebenenfalls wie der Vertrag angeglichen werden soll.

Der Mieter war bei Abschluß des Mietvertrages Beamter. Daher wurde das Anfangsgrundgehalt eines Regierungsrats als Bezugsgröße gewählt. Nunmehr wird zwar dieses Gehalt erhöht, der Mieter ist aber inzwischen aus dem Staatsdienst ausgeschieden. Die Erhöhung der Bezugsgröße kommt ihm also - wie ursprünglich vorausgesetzt - nicht zugute. Kann dennoch der Mietzins entsprechend geändert werden?

Treten derartige Sachverhalte bei einer ansonsten in Tatbestand und Rechtsfolge eindeutig formulierten Klausel auf, bedeutet dies nicht, daß sie wegen mangelnder inhaltlicher Bestimmtheit unwirksam wäre. Eine solche Schlußfolgerung wäre erst dann zu ziehen, wenn auch jene Maßstäbe versagen würden, die für die generalklauselartigen Anpassungsabreden gelten. Bei diesen Klauseln ist es nun nicht nur im Ausnahme-, sondern im Regelfall schwierig, den Inhalt des Abänderungsvertrages zu ermitteln. Hier könnte es in der Tat zweifelhaft sein, ob Auslegung und Vertragsergänzung genügen, um den jeweiligen Vertragsinhalt festzustellen. Doch darf dabei nicht außer Acht gelassen werden, daß die Auslegung der Klausel nicht nur deren Wortlaut zugrunde zu legen hat. Vielmehr kommt insoweit wiederum der Zusammenhang mit dem bestehenden Vertrag zur Geltung; denn ihn veränderten Umständen anpassen zu können, ist Zweck der Klausel. Daher ist die Bestimmtheit der Anpassungsklausel zu bejahen, wenn sich jeweils aus ihrem Inhalt, dem Vertrag, den eingetretenen Änderungen und den in § 157 BGB gesetzten objektiven Richtlinien ermitteln läßt, welche vertragliche Bestimmung in welcher Weise geändert werden soll. In der Regel werden diese Mittel genügen, um der Auslegung zum Ziele zu verhelfen.

II. DIE METHODE DER ANPASSUNG

Die Frage, nach welcher Methode der Inhalt des jeweiligen Abänderungsvertrages festzustellen und damit die Anpassung zu vollziehen ist, kann nur gestellt werden, wenn die Parteien über die Art der Anpassung keine Einigung erzielen. Treffen sie hingegen eine Übereinkunft, so haben sie sich die Maßstäbe der Anpassung selbst gesetzt, d.h. sie haben in ihrem Streben, das eigene Interesse

durchzusetzen, einen Ausgleich und eine Wertung der gegenüberstehenden Interessen erreicht. Der einem Vertrag innewohnende Mechanismus, daß beide Parteien zustimmen müssen und jede es ablehnen wird, eine in ihren Augen unrichtige Rechtsfolge auf sich zu nehmen, gewährleistet hier eine richtige Regelung. [1]

1) Die Methode der Inhaltsermittlung

Somit beschreibt die Methode der Anpassung nur den Weg, den der Richter einzuschlagen hat, um den Inhalt der Änderungsvereinbarung zu ermitteln.

Auszugehen ist bei der Untersuchung, welche Methode insoweit angewendet werden soll, von der Feststellung, daß die Anpassungsklausel nur dann hinreichend bestimmt oder bestimmbar und folglich wirksam ist, wenn ihr Inhalt mit Hilfe der Auslegung oder Vertragsergänzung erschlossen werden kann. Mit diesen beiden Möglichkeiten sind die Mittel gegeben, die dem Richter zur Verfügung stehen, um den jeweiligen Inhalt des Abänderungsvertrages festzusetzen. Durch Auslegung oder Ergänzung der Klausel muß herauszufinden sein, welche Änderung in den Umständen welche Änderung des Vertrages zur Folge hat. Versagen diese Mittel, ist der Inhalt der Klausel nicht ausreichend bestimmbar. Die Abrede ist dann unwirksam.

Die Auslegung der Anpassungsklausel gemäß den §§ 133, 157 BGB wird in der Regel zum Ziele führen, wenn die Klausel in Tatbestand und Rechtsfolge eindeutig gefaßt ist. Zu prüfen ist dann lediglich, ob die von den Parteien vereinbarten Voraussetzungen einer Anpassung erfüllt sind.

> In einem langfristigen Liefervertrag ist folgende Klausel enthalten: "Für den Fall, daß der Abnehmer aus dem A-Konzern ausscheidet, verpflichten sich die Vertragsschließenden, die vereinbarten Preise und Rabatte jenen Konditionen anzupassen, die zur Zeit des Ausscheidens nach den Preislisten des Lieferanten gelten."

Hier wird der Richter zunächst fragen, ob der Abnehmer aus dem Konzern ausgeschieden ist. Anschließend wird er die vereinbarten und die jetzt nach der Liste geltenden Preise und Rabatte feststellen. Falls die Voraussetzungen erfüllt sind, ist dann der Beklagte zu verurteilen, an dem Abschluß eines Vertrages mitzuwirken, der den bestehenden Vertrag in Preisen und Rabatten den Preislisten des Lieferanten angleicht. Der Richter hat also den tatsächlichen Sachverhalt festzustellen, d.h. zu ermitteln, welche Änderung eingetreten ist. Weiterhin ist

---

1) vgl. dazu Schmidt-Rimpler in AcP 147, 156 und in Festschrift für Nipperdey, 1955, S. 5.

der Inhalt und Umfang der Anpassungsklausel zu erforschen, und zwar durch Interpretation des Tatbestandes und der Rechtsfolge. Schließlich hat der Richter den feststehenden konkreten Sachverhalt mit dem Inhalt der Klausel durch Subsumtion zu verknüpfen. Ziel, Weg und Maßstäbe der Anpassung sind somit durch die tatbestandsmäßige Änderung und die angeordnete Rechtsfolge vorgeschrieben. Die Anpassung besteht daher letztlich nur in einer Subsumtion der Änderung und dem Ausspruch der vorgegebenen Rechtsfolge.

Erheblich schwieriger ist jedoch der Inhalt der Anpassungsklausel festzustellen, wenn Tatbestand und Rechtsfolge der Abrede einer Generalklausel gleichen.

> "Treten erhebliche Änderungen ein, so sind die Vertragsschließenden verpflichtet, den Vertrag anzugleichen."

Hier fragt es sich, ob der Inhalt des Abänderungsvertrages im konkreten Einzelfall tatsächlich nur mit Hilfe der Auslegung oder Vertragsergänzung aus der Klausel ermittelt werden kann. Eine Vertragsergänzung als ergänzende Auslegung könnte nur in Betracht kommen, wenn die Anpassungsklausel eine Lücke aufwiese, wenn also in ihr eine "planwidrige Unvollständigkeit" [1] zu beseitigen wäre. Von einer solchen Lücke kann indes bei der Klausel nicht gesprochen werden. Sie ist bewußt in Tatbestand und Rechtsfolge allgemein und nicht eindeutig formuliert worden, um dadurch die Vielfalt der Änderungen, die sich im Laufe einer längeren Vertragsdauer ergeben mögen, tatbestandlich und auch in den Auswirkungen auf den Vertrag erfassen zu können. Die jeweilige Rechtsfolge festzustellen, bedeutet somit, die allgemeine Klausel im Hinblick auf den besonderen Fall zu konkretisieren, nicht aber, sie zu ergänzen. Scheidet daher eine ergänzende Auslegung wegen der nicht vorhandenen Vertragslücke aus, bleibt nur der Weg, den Inhalt des Abänderungsvertrages durch Auslegung gemäß §§ 133, 157 BGB zu ermitteln. Zu diesem Weg besteht auch insofern Anlaß, als es ohnehin Aufgabe der Auslegung ist, den Inhalt mehrdeutiger, allgemeiner oder unklarer Erklärungen zu erhellen. Infolgedessen obliegt es dem Richter, durch Auslegung der Klausel herauszufinden, in welcher Weise der Vertrag jeweils zu ändern ist.

Da die Auslegung dazu führen soll, den Inhalt des Anpassungsvertrages zu ermitteln, hat sie sich auf alle Umstände zu erstrecken, die insoweit von Bedeutung sein können. Aus diesen Umständen sind dabei vor allem die Maßstäbe zu gewinnen, nach denen der konkrete Inhalt des Abänderungsvertrages festzulegen ist. So hat die Auslegung nicht nur den Sinn der Klausel als Maßstab der Anpassung zu umreißen, sondern auch festzustellen, welche Änderungen den Tatbestand der Anpassungsabrede erfüllen und ob insbesondere die eingetretene Änderung als tat-

---

1) Larenz in NJW 1963, 738.

bestandsmäßig angesehen werden kann. Desweiteren ist ebenfalls der Inhalt des bestehenden Vertrages zu erschließen, um auch auf diese Weise Maßstäbe für die Anpassung zu erhalten.

2) Der Sinn der Anpassungsklausel

Zu der ersten Aufgabe, den Sinn der Anpassungsklausel zu erforschen, ist bereits in anderem Zusammenhang eine allgemeine Aussage getroffen worden. [1] Sie soll nunmehr vertieft werden.

Wesentlicher Sinn der Klausel, in der sich die Parteien zu einer gemeinsamen Anpassung verpflichten, ist es, den Interessenausgleich zu sichern, indem die Möglichkeit geschaffen wird, die starre, dem Zeitpunkt des Vertragsabschlusses gemäße Regelung nachträglichen Veränderungen anzugleichen. Die Parteien verpflichten sich zu einer gemeinsamen Änderung, um sicherzustellen, daß auch dann, wenn sich die bei Vertragsabschluß bestehenden Interessen durch spätere Änderungen vertragserheblicher Umstände wandeln sollten, eine Lösung gefunden wird, die sie als einen gerechten Ausgleich der veränderten Interessenlage ansehen. Das richterliche Eingriffsrecht soll insoweit nur subsidiär gelten.

Außerdem ist es Sinn der Anpassungsklausel, das Risiko der zukünftigen Entwicklung beiden Parteien anzulasten. Im Gegenteil zu dem einseitigen Änderungsvorbehalt, der hauptsächlich dazu dient, das Risiko einer Partei zu Lasten der anderen zu mindern, besteht hier gerade das Bemühen, die Gefahren einer ungewissen Zukunft möglichst gemeinsam zu tragen. Während sonst der Vertrag als Mittel verstanden werden mag, einen einmal erzielten Interessenausgleich zu fixieren und unabhängig von späteren Interessenverschiebungen oder gewandelten Interessenbeurteilungen in der Person eines Vertragsteils zu erhalten, ist es Sinn der Anpassungsklausel, den Interessenausgleich nicht statisch, sondern insofern dynamisch zu behandeln, als er durch nachträglich eintretende objektive Änderungen beeinflußt wird. Indem sich die Parteien aber in der Klausel zu einem fortwährenden Interessenausgleich verpflichten, erhöhen sie zugleich die Bestandskraft des Vertrages.

Diese verschiedenen Gesichtspunkte, die in ihrer Gesamtheit den Sinn der Anpassungsklausel bilden, sind zu beachten, wenn es gilt, den Inhalt des Anpassungsvertrages in einer konkreten Situation zu bestimmen.

---

1) vgl. S. 2.

3) Die tatbestandsmäßige Änderung

Einen weiteren Maßstab, nach dem die Klausel auszulegen und damit die jeweilige Anpassung zu ermitteln ist, stellt die eingetretene Änderung dar. Steht es fest, daß eine tatbestandsmäßige Änderung vorliegt, können aus der Art und dem Ausmaß dieser Änderung wesentliche Anhaltspunkte für die Anpassung des Vertrages abgeleitet werden. Voraussetzung ist jedoch, daß die Änderung wirklich den Tatbestand der Klausel erfüllt. Die Prüfung dieser Voraussetzung hat daher voranzugehen; denn es kann keineswegs gesagt werden, daß alle Änderungen, die in irgendeinem Zusammenhang mit dem Vertrag stehen, von dem generalklauselartigen Tatbestand der Anpassungsabrede erfaßt werden.

a) Ob insoweit eine Änderung der allgemeinen Verhältnisse oder besonderen Umstände zu beachten ist, kann sowohl von der Art und dem Ausmaß der Änderung als auch ihrer Ursache abhängen. Bevor jedoch eine Änderung unter dem Gesichtspunkt ihrer Tatbestandsmäßigkeit untersucht wird, ist stets vorab zu fragen, inwieweit über den bloßen Wortlaut der Klausel hinaus Regelungen im Vertrag vorhanden sind, die erkennen lassen, welche Änderungen die Parteien berücksichtigt wissen wollten. Erst wenn diese Frage nach der näheren Bestimmung der Klausel durch andere Vereinbarungen oder Regelungen in dem Vertrag unbeantwortet bleibt, ist zu versuchen, den inhaltlichen Geltungsbereich der Anpassungsabrede durch Auslegung zu ermitteln. In der Regel wird sich dabei herausstellen, daß alle Änderungen beachtet werden sollen, die den im Vertrag erzielten Interessenausgleich beeinflussen.

(a) Der Art und dem Ausmaß nach könnten daher folgende Änderungen den Tatbestand der Anpassungsklausel erfüllen.

Zunächst wäre an Änderungen infolge von Ereignissen zu denken, die ohne die Vereinbarung einer Anpassungsabrede dem üblichen Vertragsrisiko unterliegen und daher kein richterliches Anpassungsrecht begründen würden. Darunter werden solche Ereignisse verstanden, "die nach den allgemeinen menschlichen und den besonderen Berufserfahrungen innerhalb der Vorstellungsgrenzen der Parteien liegen, die also von ihrem Standpunkt möglicher- oder denkbarerweise eintreten können." [1] Weiterhin sind hier auch jene Ereignisse zu erwähnen, die nach allgemeinen Erfahrungssätzen zwar nicht voraussehbar, doch aber vorstellbar sind.

Ob solche Änderungen auch im Falle der Anpassungsklausel unberücksichtigt bleiben müssen, kann nicht entschieden werden, ohne die Besonderheit der Verträge

---

1) Titze, Richtermacht und Vertragsinhalt, S. 25; Staudinger-Weber § 242 Anm. C 131.

zu beachten, in denen sich Klauseln der besprochenen Art finden. Während sonst Anpassungsklauseln hauptsächlich dem Zweck dienen sollen, die Folgen des üblichen Vertragsrisikos auf den Partner abzuwälzen, ist ein solcher Grund bei den hier vorausgesetzten Vertragen nicht vorhanden. Kennzeichnend für diese Verträge ist es vielmehr, daß es den Parteien regelmäßig darum geht, die bestehende Vertrauensgrundlage auch insofern nicht zu gefährden, als durch Fälle des Vertragsrisikos der Interessenausgleich für eine Partei nachteilig geändert wird. Vor allem aber ist es gerade Sinn der Anpassungsklausel, den ursprünglich erzielten Interessenausgleich zu erhalten. Daher lösen auch Änderungen, die gemeinhin dem Vertragsrisiko zugerechnet werden, die Pflicht zur Anpassung aus, zumal die gegenteilige Ansicht dazu führen könnte, daß nach geraumer Zeit durch mehrere kleinere Änderungen das Interessengefüge des Vertrages völlig zerstört wäre.

Hinzu kommt noch ein weiterer Gesichtspunkt. Bei den betreffenden Verträgen wird häufig nicht nur ein fester Preis für den zu liefernden Gegenstand festgelegt, sondern darüberhinaus auch der prozentuale Gewinnanteil des Lieferanten bestimmt. [1] Wird dieser Anteil nun durch die Änderung verringert, ist der erzielte Interessenausgleich aufgehoben; der Tatbestand der Anpassungsklausel ist deshalb erfüllt, auch wenn die Änderung in gewöhnlichen Verträgen dem Vertragsrisiko unterfallen würde.

Allerdings darf den vorstehenden Ausführungen nicht entnommen werden, jede Änderung, sei sie auch noch so geringfügig, erfülle den Tatbestand der Anpassungsklausel. Als tatbestandsmäßig können vielmehr nur solche Änderungen angesehen werden, die den erzielten Interessenausgleich tatsächlich beeinflussen.

> In dem Liefervertrag zwischen A und B ist ein fester Preis vereinbart worden. A hatte bei der Ermittlung dieses Preises bereits geringfügige Lohn- und Kostenerhöhungen einkalkuliert. Nunmehr werden die Löhne um 5% erhöht. - Hier wirkt sich die Änderung nicht auf die vereinbarte Interessenbewertung aus, weil die mögliche Entwicklung bereits bei dem ursprünglichen Interessenausgleich berücksichtigt worden ist.

Außerdem müssen die Änderungen aber auch einen gewissen, nach dem Sinn der Anpassungsklausel nicht zumutbaren Nachteil für eine Partei darstellen.

---

1) So bestimmt beispielsweise die Deutsche Bundeswehr bei langfristigen Verträgen über die Lieferung militärischen Materials, welche Gewinnspanne den Werken zusteht.

A hat sich in einem langfristigen Vertrag verpflichtet, die Waren "frei Werk Duisburg" per Bahn zu liefern. Die Lieferungen erreichen einen monatlichen Wert von 100.000,-- DM. Nach einiger Zeit werden die Gebühren für das Anschlußgleis des A um 50,-- DM pro Monat erhöht. - Wegen dieser geringen, im Vergleich zu dem Gesamtwert der Lieferungen unbedeutenden Änderung kommt eine Anpassung nicht in Betracht.

Letztlich ist es daher eine Frage des einzelnen Falles, unter Beachtung der angeführten Merkmale und Maßstäbe zu entscheiden, ob die jeweilige Änderung, die bei einer fehlenden Anpassungsklausel dem Vertragsrisiko zuzuweisen und deshalb unbeachtlich wäre, die Pflicht zur Anpassung auslöst.

(b) Außerdem könnte der Tatbestand der Anpassungsklausel erfüllt sein, wenn in dem Falle, daß eine Klausel nicht vereinbart worden wäre, den veränderten Umständen durch eine ergänzende Vertragsauslegung Rechnung getragen werden müßte. In Betracht kämen somit Änderungen, die - wäre die Klausel nicht gegeben - eine Lücke in dem bestehenden Vertrag offenbaren würden, weil die Parteien die Umstände, die nunmehr aufgetreten sind, nicht vorausgesehen und deshalb nicht geregelt haben. Daß solche Änderungen von der Anpassungsklausel erfaßt werden, ergibt sich aus dem Parteiwillen, der in der Klausel zum Ausdruck kommt. Die Anpassungsabrede soll einen fortwährenden Interessenausgleich sichern und deshalb die Parteien verpflichten, jede notwendig werdende Abänderung des Vertrages gemeinsam vorzunehmen. Daher ist die Klausel als eine Regelung zu verstehen, durch die auch für nicht vorausgesehene Lücken des Vertrages Vorsorge getroffen wurde. Eine ergänzende Vertragsauslegung scheidet deshalb wegen nicht vorhandener Lücken für den bestehenden Vertrag aus, obgleich sich andererseits die Auslegung der Anpassungsklausel in Fällen, in denen sonst eine ergänzende Vertragsauslegung hinsichtlich des ursprünglichen Vertrages erforderlich wäre, materiell als eine solche darstellt.

Die hier in Frage kommenden Änderungen können sehr verschiedener Art sein.

In einem Vertragsverhältnis, in dem der Preis festgesetzt und der Gewinnanteil auf 15% beschränkt worden ist, erhöht beispielsweise der Lieferant durch weitgehende Rationalisierungsmaßnahmen den Gewinn auf 25%.

Oder der Abnehmer verlegt seine Fabrikationsstätten an einen anderen Ort und verursacht dadurch dem Lieferanten, der frei Werk zu liefern hat, erheblich höhere Frachtkosten.

In diesen und ähnlichen Fällen wäre nach dem Sinn des Vertrages und dem ursprünglich vereinbarten Interessenausgleich eine Regelung darüber notwendig, wie die Änderungen berücksichtigt werden sollen. Deshalb erfüllen diese Änderungen

auch den Tatbestand der Anpassungsklausel; denn alle späteren Ereignisse, die sich auf das vertragliche Interessengefüge für eine Partei nachteilig auswirken, sollen nach dem Sinn der Anpassungsabrede die Parteien verpflichten, einen neuen Ausgleich der Interessen herbeizuführen.

(c) Letztlich ist noch zu prüfen, ob auch jene Änderungen der Anpassungsklausel zuzuordnen sind, die in gewöhnlichen Verträgen den Wegfall der Geschäftsgrundlage zur Folge hätten. Allgemeiner und umfassender könnte diese Gruppe der Änderungen umschrieben werden, wenn hier nicht nur solche Ereignisse beachtet werden müßten, die sich auf die Geschäftsgrundlage auswirken, - zumal dadurch das weitere Problem entsteht, was im Einzelfall zur Geschäftsgrundlage zu zählen ist, - sondern wenn alle Änderungen berücksichtigt werden, die den Fortfall von Vertrauensumständen verursachen. Als solche Umstände sind alle Faktoren anzusehen, auf deren Fortbestand oder Nichteintritt die Parteien oder eine Partei vertraut haben und auch vertrauen durften, und bei denen dieses Vertrauen aus dem Sinn- und Wertzusammenhang des Vertrages schutzwürdig ist. [1]

Im einzelnen sind hier vor allem Änderungen solcher Umstände zu beachten, die für den geschlossenen Vertrag zweckbestimmend oder wertbildend waren. Unterschieden werden muß dabei jedoch, ob es sich um Faktoren handelte, von deren Fortbestehen Parteien allgemein auszugehen pflegen, oder ob das weitere Vorliegen nur in dem besonderen Fall bedeutend war. Zur ersten Gruppe würde etwa [2]

(1) der Bestand der Währung gehören. Erhebliche Änderungen des Geldwertes erfüllen den Tatbestand der Anpassungsklausel.

(2) Auch andere Umwälzungen ähnlichen Ausmaßes sind insoweit tatbestandsmäßig.

> Hier wären etwa die Auswirkungen des Zusammenbruches im Jahre 1945 auf Vertragsverhältnisse zu erwähnen, oder andere Ereignisse, die diesem Vorgang in ihrer Bedeutung vergleichbar wären. [3]

(3) Weiterhin können auch wesentliche Änderungen wirtschaftlicher Umstände oder Verhältnisse in Betracht kommen.

> So wären beispielsweise nicht vorhersehbare, entschädigungslose Enteignungen der Betriebe oder einzelner Produktionsanlagen eines Vertragspartners Änderungen, die den Tatbestand der Klausel erfüllen könnten.

---

1) vgl. dazu Fikentscher, Schuldrecht, § 27 (S. 101 ff).

2) vgl. auch Fikentscher, a. a. O., § 27 II 3 b (S. 109 ff).

3) Beispiele enthalten die Entscheidungen BGH LM Nr. 18 (Bb) zu § 242 BGB und BGHZ 7, 238 ff.

Andererseits wären zu den Umständen, von deren Fortbestand die Parteien in dem besonderen Fall ausgegangen sind, zu zählen: [1]

(1) der Wegfall des Objekts, dessen Bestand für den Abschluß und die Durchführung des Vertrages notwendige Voraussetzung war.

> In einem langfristigen Vertrag hat sich A verpflichtet, das gesamte Rohöl für die Raffinerie des B zu liefern. Später wird die Raffinerie durch einen Brand völlig zerstört.

(2) Desgleichen ist eine Änderung zu berücksichtigen, durch die der Vertragsgegenstand nicht mehr zu dem gemeinsam festgelegten Zweck verwendet werden kann.

> Zwischen dem Autowerk A und B besteht ein Vertrag, nach dem B die Sitze für jene Personenwagen zu liefern hat, die in dem Zweigwerk E hergestellt und ausschließlich nach Übersee exportiert werden. Daß in dem Werk E nur für den Export nach Übersee gearbeitet wird, ist in dem Vertrag ausdrücklich festgelegt worden. Durch hohe Einfuhrzölle, die unerwartet erhoben werden, kommt die Ausfuhr in die bisherigen Abnehmerstaaten zum Erliegen. Eine andere Exportmöglichkeit besteht nicht.

(3) Schließlich wären hier auch der Fortfall eines Rechtsverhältnisses oder bestimmter Rechtsbeziehungen zu beachten, die für den Vertrag maßgeblich waren.

> Die Unternehmen A und B, die demselben Konzern angehören, schließen einen Vertrag, in dem B wegen der Konzernzugehörigkeit besonders günstige Bedingungen eingeräumt werden. Nach geraumer Zeit scheidet B während der Geltungsdauer des Vertrages aus dem Konzern aus.

Zusammenfassend ist zu sagen, daß auch diese Änderungen den Tatbestand der Anpassungsklausel erfüllen, weil die Klausel alle späteren Ereignisse erfassen soll, die den vertraglichen Interessenausgleich beeinflussen.

b) Steht somit zwar fest, welche Änderungen nach Art und Ausmaß den Tatbestand der Anpassungsklausel erfüllen können, so bleibt dennoch zu fragen, ob diese Änderungen auch ihrer Ursache nach tatbestandsmäßig sind.

---

1) Zum folgenden vgl. auch Esser, Schuldrecht, § 86, 2 (S. 386).

(a) Für die Anpassungsklausel kommen zunächst solche Ereignisse und Änderungen nicht in Betracht, die entweder auf ein unzulässiges und vertragswidriges Verhalten einer Partei zurückzuführen sind, oder sich nur deshalb auf das Vertragsverhältnis auswirken konnten, weil die Partei, die durch sie benachteiligt wird, bei ihrem Eintritt sich im Schuldner- oder Gläubigerverzug befand. Während es sich bei der ersten Möglichkeit um die unmittelbaren Folgen des vertragswidrigen Verhaltens einer Partei handelt, erfaßt die letztere Fallgestaltung die mittelbaren Auswirkungen eines solchen Verhaltens.

Soweit die Änderung auf einem schuldhaft vertragswidrigen Tun einer Partei beruht, stehen dem Vertragsteil, der sich vertragstreu verhalten hat, die Ansprüche zu, die sich aus der Verletzung der jeweiligen Vertragspflicht ergeben. Durch die Anpassungsklausel sollten diese Rechte keineswegs abbedungen werden.

> Die Unternehmen A und B schließen einen langfristigen Vertrag, in dem sie vereinbaren, gemeinsam billige Nähmaschinen produzieren zu wollen. B soll Einzelteile liefern und A soll die Montage und den Vertrieb der Maschinen durchführen. A stellt daraufhin - wie in dem Vertrag vereinbart - die eigene Nähmaschinenproduktion ein. - Nach einiger Zeit schließt B einen weiteren Vertrag mit einer japanischen Firma, nach dem B die Montage und der Vertrieb außergewöhnlich preiswerter japanischer Nähmaschinen für die Bundesrepublik übertragen wird.
>
> Hier könnte A eventuelle Ansprüche nur aus dem ursprünglichen Vertrag, nicht jedoch aus der Anpassungsklausel herleiten, es sei denn, beide Partner einigen sich auf eine Abänderung des Vertrages.

Auch die zweite Sachgestaltung, bei der sich eine ohne Einfluß der Parteien eingetretene Änderung nur deshalb auf den Vertrag auswirken konnte, weil sich die durch sie benachteiligte Partei bei dem Eintritt der Änderung im Gläubiger- oder Schuldnerverzug befand, erfüllt nicht den Tatbestand der Anpassungsklausel; denn die Klausel soll nicht dazu dienen, die mittelbaren Folgen des vertragswidrigen Verhaltens einer Partei auf den vertragstreuen Teil abzuwälzen. [1]

> Ist beispielsweise der Lieferant mit der Auslieferung einer Sendung in Verzug geraten und werden nun unerwartet für Rohstoffe, die für die Anfertigung dieser Waren noch benötigt werden, hohe Einfuhrzölle erhoben, so kann der Lieferant nicht die Anpassung des Preises für die verzögerte Sendung verlangen.

---

1) vgl. dazu auch die Darstellung bei Larenz, Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, S. 108.

(b) Demgegenüber können aber solche Änderungen berücksichtigt werden, die auf einem zulässigen und dem Vertrag nicht zuwiderlaufenden Verhalten einer Partei beruhen. [1]

> Das Stahlwerk M hat sich vertraglich verpflichtet, den benötigten Stahl von dem Hüttenwerk H zu beziehen. H hat dafür zugestanden, besondere Legierungen, die etwa 10% der gesamten Stahlmenge betragen, ohne Aufpreis zu liefern. Nunmehr dehnt M die Verarbeitung von Edelstählen derart aus, daß sich der Anteil der besonderen Qualität auf ungefähr 30 bis 40% der Gesamtmenge erhöht.
>
> Die dadurch herbeigeführte Änderung würde den Tatbestand der Anpassungsklausel erfüllen.

(c) Letztlich sind auch die Änderungen zu beachten, auf deren Eintritt die Parteien keinen Einfluß haben. Darunter fallen sowohl solche Änderungen, die für die Parteien vorhersehbar waren,

beispielsweise Lohn- und Preiserhöhungen im üblichen Ausmaß,

als auch jene Ereignisse, deren Eintritt außerhalb der Vorstellungen und Erwartungen lag.

> Währungseinbrüche, politische Umwälzungen, Enteignungen, wesentliche Änderungen des Publikumsgeschmacks etc.;

Die Grenze zwischen diesen beiden Möglichkeiten wird ohnehin fließend und nur selten zweifelsfrei zu bestimmen sein.

Zusammenfassend ist somit festzustellen, daß die Frage, welche Änderungen im Rahmen einer generalklauselartigen Anpassungsabrede zu berücksichtigen sind, nur nach Art, Ausmaß und Ursache dieser Änderungen beantwortet werden kann.

4) Der Inhalt des Vertrages

Ist auf die dargelegte Weise festgestellt worden, daß der Tatbestand der Anpassungsklausel erfüllt ist, so hat der Richter nun im Wege der Auslegung gemäß § 157 BGB die Rechtsfolge der allgemeinen Anpassung dahin zu konkretisieren, welche vertragliche Bestimmung in welchem Maße geändert werden soll. Nach § 157 BGB ist dieses Ergebnis so zu ermitteln, "wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die

---

1) vgl. auch die Beispiele auf S. 24.

Verkehrssitte es erfordern." Damit ist jedoch nicht gesagt, daß das "wie" der Anpassung nach objektiven Wertmaßstäben zu bestimmen ist. Vielmehr ist auch im Rahmen des § 157 BGB dem feststellbaren Parteiwillen Vorrang einzuräumen. Aus diesem Grunde ist zunächst zu ermitteln, wie die Parteien ihre Rechtsbeziehungen geregelt und was sie als verbindlich festgesetzt haben. Erst dann ergibt sich die weitere Frage, ob das so Gewonnene den objektiven Erfordernissen des § 157 BGB gerecht wird.

Im Falle der generalklauselartigen Anpassungsabrede lassen sich allein aus dem Wortlaut der Klausel keine Anhaltspunkte dafür finden, was nach dem Parteiwillen im Einzelfall gelten soll; denn die bloße Formel " . . . , so ist der Vertrag anzupassen." ist in dieser Hinsicht inhaltsleer. Daher hat die Auslegung an dem Gegenstand anzuknüpfen, auf den die Anpassungsklausel ausdrücklich und interessenmäßig Bezug nimmt, nämlich an dem Vertrag. Aus ihm sind hauptsächlich die Anhaltspunkte für die Anpassung zu gewinnen, zumal er Objekt der Abänderung sein soll. Der Richter wird also die Maßstäbe, nach denen er den Inhalt der Anpassung ermittelt, aus der tatbestandsmäßigen Änderung, dem gesamten Inhalt des bestehenden Vertrages und möglicherweise noch aus objektiven Kriterien herzuleiten haben.

a) Nachdem die Änderungen, die den Tatbestand der Anpassungsklausel erfüllen, bereits dargelegt worden sind, gilt es deshalb, nunmehr den Inhalt des abgeschlossenen und anzugleichenden Vertrages festzustellen. Dabei hat die Auslegung einmal die einzelnen, zum Vertragsschluß führenden Willenserklärungen, zum anderen den Vertrag als Gesamtregelung zum Gegenstand.

Soweit die Willenserklärungen und möglichen Zwecke, Motive und Absichten der Parteien erforscht werden sollen, ist umstritten, worauf sich die Auslegung zu beschränken hat. Zum Teil wird die Ansicht vertreten, daß insoweit ausschließlich der objektive Erklärungstatbestand maßgeblich zu sein hat, [1] während die Gegenmeinung den wirklichen Willen unabhängig vom Erklärungstatbestand ermitteln möchte. [2] Außerdem wird aber auch der Standpunkt vertreten, es sei zwar vom objektiv Erklärten auszugehen, zugleich aber nach dem Willen der Parteien zu fragen, soweit er irgendwie in der Erklärung Ausdruck gefunden hat. [3]

---

1) sog. objektive Auslegungstheorie; vgl. Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, S. 14; Titze, Die Lehre vom Mißverständnis, S. 85.

2) subjektive Auslegungsmethode; vgl. Erox, Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung, S. 106 ff.

3) So die h. M.: Erman-Westermann § 133 Anm. 4; Fikentscher, Schuldrecht, § 26 V 4 (S. 96 f).

Welcher der verschiedenen Ansichten zu folgen ist, kann nur nach einer gegenseitigen Abwägung und Prüfung entschieden werden. Abzulehnen ist zunächst jene Theorie, die ausschließlich auf den objektiven Erklärungstatbestand abstellt. Sie hat einmal den Wortlaut des § 133 BGB gegen sich, nach dem der wirkliche Wille des Erklärenden erforscht werden soll. Zum anderen läßt sie aber außer Acht, daß die Willenserklärung dem einzelnen die Möglichkeit eröffnet, seine Rechtsbeziehungen nach seinem Willen zu gestalten. Auch daher hat die Auslegung den Willen zu berücksichtigen. [1]

Daraus folgt jedoch nicht, daß der subjektiven Auslegungsmethode zu folgen ist. Indem sie verlangt, den wirklichen Willen der Parteien festzustellen, wird sie häufig zu dem Ergebnis gelangen, daß zwar die erklärten, nicht aber die tatsächlichen Willen übereinstimmen. [2] Trotz einer Übereinstimmung der jeweils erklärten Willen müßte sie dann folgerichtig das Zustandekommen eines Vertrages verneinen. Um aber diese Folge zu vermeiden, wird dem Richter das Recht eingeräumt, einen Vertragsabschluß nicht auf Grund der übereinstimmenden Willenserklärungen, sondern letztlich auf Grund einer Interessenbewertung zu bejahen. [3] Zwar werden auf diese Weise oft sachgerechte Ergebnisse erreicht, jedoch wird andererseits dafür dem Richter ein weitgehendes Eingriffsrecht in die Beziehungen der Parteien gewährt, das schwerlich mit der vom Gesetz gewollten Privatautonomie vereinbar ist. Im übrigen stellt sich diese Auffassung auch gegen die gesetzlichen Wertungen, die an den erklärten Willen anknüpfen, [4] und die zudem einen befriedigenden Vertrauensschutz des Erklärungsempfängers ermöglichen. [5]

Infolgedessen ist jener Ansicht zu folgen, die objektive und subjektive Momente berücksichtigt und den wirklichen Willen des Erklärenden nur insofern zu ermitteln versucht, als er in dem Erklärungstatbestand in irgendeiner Form Ausdruck gefunden hat.

Während bislang lediglich die einzelnen Willenserklärungen Gegenstand der Auslegung waren, ist es weiterhin auch erforderlich, den Vertrag als Gesamttatbestand auf seinen Inhalt und Zweck zu erforschen. Dabei sollen nach einer Ansicht alle subjektiven Momente, die für die Auslegung der einzelnen Erklärungen unter Umständen beachtlich waren, außer Betracht bleiben. [6] Vielmehr dürfe jetzt nur der

---

1) Soergel-Siebert § 157 Anm. 6.

2) Beispiele bringt Brox, a. a. O., S. 169 f.

3) Das geht aus den von Brox erwähnten Beispielen hervor.

4) So etwa im Irrtumsrecht, §§ 119 ff BGB.

5) Zur subjektiven Auslegungsmethode vgl. neuerdings Flume, Allg. Teil des BGB, II. Bd., S. 291 ff, 299 ff; dazu auch Brox in JZ 1966, 761 ff.

6) Larenz in NJW 1963, 738 f; BGHZ 16, 71 (75 f).

Vertrag als eine objektive Regelung angesehen werden, die die Parteien für ihr künftiges Verhalten untereinander aufgestellt und in Geltung gesetzt haben. Es sei daher lediglich zu fragen, was diese Regelung, von ihrem Sinn und Zweck her verstanden, an objektiven Regelungsgehalten aufstellt. Der Vertrag müsse also - einem Gesetz vergleichbar - teleologisch und systematisch aus seinem Sinn- und Zweckzusammenhang ausgelegt werden.

Dieser Meinung wird entgegengehalten, daß eine solche Auslegungsmethode unzutreffend sei, weil der Vertrag kein objektives, über den Parteien stehendes Recht schaffe. [1] Von dieser Rechtsfolge eines Vertrages müsse für seinen Tatbestand geschlossen werden, daß die vertraglichen Erklärungen nicht losgelöst von dem Willen der Beteiligten betrachtet werden dürfen. Ausgelegt werden könnten daher bei einem Vertrage nur die vom Willen der Parteien getragenen Erklärungen. Das hieße allerdings nicht, daß jede objektive Wertung dieser Erklärungen ausgeschlossen sei. Vielmehr müsse nach § 157 BGB der Wille der einzelnen Partei im Sinne der "Anpassung an das objektiv Übliche" korrigiert werden.

Zuzustimmen ist der zuletzt dargelegten Ansicht. Sie wendet zu Recht ein, daß der Vertrag nicht als ein vom Willen der Parteien abstrahiertes Ordnungselement angesehen werden kann, sondern daß er eine vom Willen der Parteien getragene und in Kraft gesetzte Vereinbarung ist. Inhalt, Sinn und Zweck des Vertrages können daher nicht erschlossen werden, wenn die Abhängigkeit zwischen dem Willen und dem gemeinsamen Erklärungstatbestand außer Acht gelassen wird.

Somit kann nun zusammenfassend gesagt werden, daß der Richter bei der Ermittlung des Vertragsinhaltes auf folgende Weise vorzugehen hat.

(1) Zuerst ist festzustellen, was vereinbart worden ist. Maßgebend dafür ist der objektive Erklärungsgehalt, wie er sich einem Außenstehenden darstellt. [2] Um diesen Erklärungsgehalt zu erschließen, ist einmal vom Wortlaut und Wortsinn des Erklärungsaktes auszugehen, dann aber auch der übrige Erklärungstatbestand zu berücksichtigen. Zum letzteren sind die Begleitumstände oder sonstigen Umstände der Erklärung zu zählen, soweit sie einen Schluß auf den objektiven Sinngehalt der Erklärung zulassen.

Im Rahmen dieser Ermittlung des Vertragsinhaltes ist nunmehr festzustellen, welche Leistungen und welches Verhältnis der Leistungen zueinander die Parteien

---

1) Fikentscher, Schuldrecht, § 26 V 4 (S. 96 f); ähnlich Erman-Hefermehl § 157 Anm. 1 a.

2) Zum folgenden vgl. auch Fikentscher, Schuldrecht, § 26 V 4 (S. 96 f); Erman-Hefermehl § 157 Anm. 1f; Soergel-Hefermehl § 133 Rdnr. 17 ff; Westermann in JuS 1964, 169.

vereinbart haben. Es ist weiterhin zu erforschen, wie die Interessenlage, die dem Vertrage zugrunde liegt, beschaffen ist, wie die Parteien diese Interessenlage bewertet haben und welche Wertungsfaktoren insoweit bestimmend waren. Anhaltspunkte für die Wertung der Parteien sind dabei das Verhältnis der gegenseitigen Leistungen und andere Vereinbarungen (eventuelle Nebenleistungen etc.). Außerdem sind aber auch der wirtschaftliche Sinn und Zweck des Vertrages zu ermitteln, sofern solche Feststellungen im objektiven Erklärungstatbestand möglich sind. [1] Dabei ist jedoch zu beachten, ob der jeweilige Zweck tatsächlich beiden Parteien gemeinsam oder nur einem Partner eigen ist. So ist es unmittelbarer Zweck einer jeden Partei, die Gegenleistung zu erhalten. Da aber insoweit jede Partei den Zweck der anderen mit herbeiführen muß, um den eigenen zu erreichen, ist dieser Zweck beiden Partnern gemeinsam und daher notwendig Vertragsinhalt. [2] Anders ist es allerdings hinsichtlich der weiteren Zwecke, die Parteien häufig verfolgen. [3] Sie werden nur dann Vertragsinhalt, wenn die gegnerische Partei sie auf irgendeine erkennbare Weise sich zu eigen macht. Oft geschieht dies bei Miet- oder Pachtverträgen; es werden dann Räume zu einem bestimmten Zweck vermietet und die Miete gerade mit Rücksicht auf diesen Zweck festgesetzt. [4] Mit Larenz [5] ist in solchen und ähnlichen Fällen der Zweck einer Vertragspartei als objektiver Vertragszweck anzusehen, wenn er den Inhalt der Leistung oder den Umfang der Berechtigung bestimmen soll, wenn er maßgeblich war für die Höhe der Gegenleistung oder wenn ein gemeinsames Interesse beider Parteien an seiner Erreichung besteht. [6]

---

1) BAGE 3,116 (119).

2) vgl. Larenz, Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, S. 104 ff; Esser, Schuldrecht, § 14,2 - 4 (S. 48 f).

3) Fikentscher, Schuldrecht, § 39 VI 2 (S. 163) bezweifelt, daß insoweit überhaupt von Vertragszwecken gesprochen werden kann. Tatsächlich handele es sich nur um Motive der Parteien. Indes ist es durchaus möglich, daß Absichten und Motive durch eine gemeinsame Vereinbarung zum Vertragsinhalt erhoben werden.

4) vgl. auch das Beispiel auf S. 26 (2).

5) Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, S. 107.

6) Jedoch kann nicht allgemein - wie Larenz a. a. O. behauptet - gesagt werden, daß der Zweck für das Geschäft in dem Sinne wesentlich sein muß, "daß er nicht, ohne daß das Geschäft seinen Charakter ändert, durch einen anderen ersetzt werden kann." Zwar trifft diese Meinung für den typischen Geschäftszweck zu, nicht aber notwendig für die weiteren Zwecke. Wenn Räume, die zum Betriebe einer Milchbar vermietet worden sind, nunmehr demselben Mieter zur Einrichtung eines Milchgeschäftes überlassen bleiben, ist zwar der Zweck, nicht aber der "Charakter" des Vertrages als Mietvertrag verändert.

Im übrigen braucht nicht betont zu werden, daß das zuletzt Gesagte nur für solche Verträge gilt, die gewöhnlich zweckneutral sind; denn setzt der in Betracht kommende Vertrag notwendig einen gemeinsamen Zweck voraus (Gesellschaftsverträge etc.), ist dieser Zweck bestimmend für das Rechtsverhältnis.

(2) Nachdem der objektive Erklärungsgehalt festgestellt worden ist, ergibt sich dann die weitere Frage, was die Parteien in Wahrheit mit ihren Erklärungen gewollt haben. Hier ist nun zu ermitteln, welche Beweggründe, Absichten und Wertungsvorstellungen jeder Partei vorschwebten. Um diese Umstände herausfinden zu können, ist gegebenenfalls auch die persönliche Ausdrucksweise, weiterhin sind die Gepflogenheiten und Eigentümlichkeiten des Erklärenden zu berücksichtigen. Allerdings ist dabei zu beachten, daß der Wille der Parteien nur insoweit gelten kann, als er auch dem Empfänger erkennbar war. Ist diese Voraussetzung nicht gegeben, bleibt der Wille des Erklärenden außer Acht.

(3) Der auf diese Weise ermittelte Erklärungs- und Vertragsinhalt ist schließlich noch an den Grundsätzen von Treu und Glauben und der Verkehrssitte zu messen. Während dabei das Gebot von Treu und Glauben auf die Umstände des Einzelfalles abstellt, ist die Verkehrssitte eine objektiv feststehende Tatsache, an der jeweils der Vertragsinhalt zu prüfen ist. Letztlich geht es also darum zu vergleichen, ob der Vertragsinhalt, der aus den Parteierklärungen und dem Parteiwillen hergeleitet worden ist, mit dem übereinstimmt, den ein gerecht und billig Denkender, der von der Verkehrssitte als objektivem Maßstab ausgeht, gewinnen würde.[1] Gegebenenfalls ist dann der ermittelte Wille an das objektiv Übliche anzupassen,[2] wobei allerdings der Vertragsgegenstand nicht entgegen dem Willen der Parteien erweitert werden darf.[3] Außerdem scheidet eine Korrektur dann aus, wenn der Parteiwille eindeutig im Vertrag festgelegt worden ist.[4]

Bei dieser Wertung sind nicht nur der Inhalt des Vertrages, das Verhalten der Parteien und die gegenseitigen Interessen zu berücksichtigen, sondern auch der wirtschaftlichen Bedeutung des Vertrages Rechnung zu tragen.[5]

---

1) Erman-Hefermehl § 157 Anm. 4.
2) Fikentscher, Schuldrecht, § 26 V 4 (S. 90 f); Soergel-Siebert/Hefermehl § 133 Anm. 19.
3) RGZ 87,211 (214); Palandt-Danckelmann § 157 Anm. 2 a.
4) Esser, Schuldrecht, § 13, 1 b (S. 44).
5) Erman-Hefermehl § 157 Anm. 4.

b) Hat der Richter die Tatbestandsmäßigkeit der Änderung und den Inhalt des bestehenden Vertrages festgestellt, darf er nunmehr nicht ohne weiteres die Anpassung vornehmen. Vielmehr sind jetzt im Rahmen der Auslegung die beiden ermittelten Größen zu vergleichen und zu fragen, ob nach dem Sinn der Anpassungsklausel in diesem Falle eine Abänderung des Vertrages erfolgen muß. Zu dieser Prüfung ist der Auslegende verpflichtet, weil die Parteien den Zwang zur Anpassung nur unter der Bedingung begründen wollten, daß der Vertrag auch nach der eingetretenen Änderung noch seinem Sinn entsprechend durchgeführt werden kann. Somit kommt eine Anpassung nicht in Betracht, wenn der Vertrag infolge der Änderung sinnlos geworden ist. [1]

> Das wäre etwa in dem früher erwähnten [2] Beispiel anzunehmen, in dem A das Rohöl für die Raffinerie des B lieferte, diese Raffinerie aber später durch einen Brand zerstört wurde.

Auch der Wegfall des Zweckes bei Verträgen, die notwendig eine individuelle Zweckausrichtung aufweisen (Gesellschaftsverträge etc.), wäre hier zu beachten. Schließlich wäre eine Anpassung abzulehnen, wenn zwar der Vertrag noch sinn- und zweckgemäß zu verwirklichen wäre, der Tatbestand der Anpassungsklausel aber durch eine derart umwälzende Veränderung der politischen Verhältnisse oder Rechtsanschauungen erfüllt wurde, daß infolge dieser Änderung eine Beurteilung des Vertragswillens, der auf ganz anders gearteten Verhältnissen oder Rechtsanschauungen beruhte, ausgeschlossen wäre. [3]

Gemeinsam ist diesen Fällen, daß es infolge der Änderung völlig ausgeschlossen ist, den Vertrag noch in irgendeiner Form dem ursprünglichen Willen der Parteien gemäß durchzuführen. Hier scheidet eine Anpassung nach dem Sinn der Anpassungsklausel aus. Der Vertrag ist daher aufzulösen, [4] wobei dann lediglich zu regeln ist, welche Folgen die Beendigung für beide Parteien hat.

c) Ergibt die Auslegung hingegen, daß die eingetretenen Änderungen von der Anpassungsabrede erfaßt werden und eine Auflösung des Vertrages nicht in Betracht

---

1) Aus diesem Grunde könnte auch die Tatbestandsmäßigkeit einer Änderung zu verneinen sein. Da es dann aber erforderlich wäre, den Vertragsinhalt bereits bei der Tatbestandsauslegung zu prüfen, erscheint es doch übersichtlicher und zweckmäßiger, den hier vorgeschlagenen Weg einzuhalten.

2) vgl. S. 26.

3) vgl. das Beispiel BGHZ 23, 282 (285).

4) Esser, Schuldrecht, § 86, 8 (S. 403); Larenz, Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, S. 172 f; Staudinger-Weber § 242 Anm. E 395 spricht hier von einer "ipso-jure-Auflösung."

kommt, so ist die Rechtsfolge in der Klausel zu konkretisieren, d. h. es ist festzustellen, wie der Vertrag im einzelnen der veränderten Situation anzugleichen ist.

Vorzugehen ist dabei im Wege der Auslegung gemäß § 157 BGB. Auf der einen Seite hat der Richter den Inhalt, Sinn und möglichen Zweck des Vertrages, die Interessenlage und ihre Wertung durch die Parteien im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ermittelt; auf der anderen Seite steht fest, ob und in welchem Ausmaß sich für den Vertrag erhebliche Umstände geändert haben. Ziel der richterlichen Tätigkeit muß es nun sein, durch Auslegung der Anpassungsklausel gemäß § 157 BGB die konkrete Rechtsfolge zu finden, die nach den gesamten Umständen der eingetretenen Änderung und deren Einfluß auf den Vertrag gerecht wird. Neben der tatbestandsmäßigen Änderung sind als weitere Maßstäbe der bestehende Vertrag und - wie es in § 157 BGB heißt - der Grundsatz von Treu und Glauben sowie die Verkehrssitte gegeben. Aus dem ermittelten Vertragsinhalt lassen sich zudem weitere Maßstäbe gewinnen, die es dem Richter ermöglichen, den Inhalt des Abänderungsvertrages festzusetzen, der dem Willen der Parteien im größten Umfange Rechnung trägt.

(a) Einer dieser Anhaltspunkte, die es erleichtern, die Frage, welche vertragliche Bestimmung in welcher Weise geändert werden soll, dem Parteiwillen entsprechend zu beantworten, ist der Sinn des Vertrages. Ihn hat der Richter auch in der veränderten Lage zu wahren. Keineswegs darf der insoweit zum Ausdruck gebrachte Parteiwillen erweitert oder abgeändert werden, [1] denn die Anpassungsklausel verpflichtet nur zur Abänderung, nicht aber zur Aufhebung des alten und Begründung eines neuen Schuldverhältnisses. Infolgedessen kann auch der Richter nicht den Sinn des Vertrages ändern, weil darin materiell eine Novation liegen könnte.

Unter dem Sinn des Vertrages ist einmal der Sinn des gegebenen Vertragstyps zu verstehen, zum anderen ist aber auch der Sinn zu beachten, den die Parteien übereinstimmend ihrem Vertrag beigelegt haben. Weder der typische noch der vereinbarte Vertragssinn darf durch die Anpassung verändert werden, es sei denn, die Parteien erklären sich damit einverstanden.

A liefert Sitze an das Zweigwerk E, in dem Personenkraftwagen ausschließlich für den Export nach Übersee hergestellt werden. [2] Nach einiger Zeit

---

1) So für die ergänzende Vertragsauslegung u. a. RGZ 160, 166 (187), BGHZ 9, 273 (278); RGRK/Krüger-Nieland § 157 Anm. 10. Palandt-Danckelmann § 157 Anm. 2 a; Esser, Schuldrecht, § 13, 3 (S. 45).

2) vgl. S. 6 f.

kommt die Ausfuhr zum Erliegen. In dem Werk wird deshalb die Pkw-Produktion eingestellt und nunmehr die Anfertigung von Omnibussen aufgenommen. - Hier könnte fraglich sein, ob A auf Grund des bestehenden Vertrages auch zur Lieferung von Omnibus-Sitzen berechtigt ist. Dazu könnte nicht gesagt werden, A dürfe zwar nicht die Sitze für die Omnibusse liefern, auf Grund des Vertrages sei ihm aber der Alleinvertrieb dieser Wagen in der Bundesrepublik zu übertragen. Eine solche Entscheidung widerspräche dem typischen Sinn des ursprünglichen Vertrages.

(b) Daneben soll weiterhin - so behauptet jedenfalls die herrschende Meinung im Zusammenhang mit der ergänzenden Vertragsauslegung [1] - der Richter an den Zweck des Vertrages gebunden sein. Auch er dürfe nicht erweitert oder verändert werden. Sei der Zweck infolge der eingetretenen Änderungen nicht mehr zu verwirklichen, müsse der Vertrag aufgelöst werden. [2]

Ob dieser Ansicht für den Fall der Anpassungsklausel zugestimmt werden kann, erscheint zweifelhaft. Sicherlich ist sie zutreffend für Verträge, in denen notwendig ein gemeinsamer Zweck vorausgesetzt wird (Gesellschaftsverträge etc.). Des weiteren kann ihr beigepflichtet werden für den typischen Geschäftszweck. [3] Bedenken ergeben sich aber dann, wenn in einem an sich zweckneutralen Vertrag ein bestimmter Zweck vereinbart worden ist.

Im Jahre 1911 vermietet A dem B ein Geschäftslokal auf der Strandpromenade des Seebades Borkum. In dem Vertrag war ausdrücklich bestimmt worden, daß B Badeartikel verkaufen solle. Nach Kriegsausbruch wurde der Badebetrieb und der Zuzug von Gästen verboten. [4]

Auch in dem oben erwähnten Beispiel könnte vereinbart worden sein, daß es Zweck des Vertrages war, die Sitze nur für Pkw's zu liefern, die nach Übersee exportiert werden konnten.

Im ersten Falle mag es angehen, den Vertrag aufzulösen, weil der Zweck, Betrieb eines Geschäftes mit Badeartikeln, nicht mehr erreicht werden kann. Auch bestehen keine Bedenken, den Richter an diesen Zweck zu binden; denn even-

---

1) vgl. S. 35 Fußn. 1).

2) Larenz, Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, S. 172 f; Krückmann in AcP 116, 279.

3) Dieser Fall wurde hier dem Sinn des Vertrages zugeordnet. Ob diese Erscheinung als Sinn oder typischer Geschäftszweck des Vertrages angesprochen wird, ist letztlich nur ein Streit um Begriffe.

4) RGZ 91, 54.

tuelle Härten für eine Partei lassen sich gegebenenfalls durch Ausgleichsansprüche mildern. Dagegen könnten im letzten Beispiel erhebliche Zweifel daran bestehen, ob die Interessenlage wirklich gerecht entschieden wäre, wenn der Vertrag aufgelöst würde. Aus der Eigenart und wirtschaftlichen Bedeutung dieses Vertrages für den Lieferanten und für jene Menschen, die von dem Lieferanten abhängig sind, könnte in der Tat eine andere Beurteilung geboten sein. Nach der herrschenden Meinung wäre jedoch eine andere Entscheidung nur möglich, wenn der Umstand, der als Folge der Änderung entfallen ist, nicht als Vertragszweck angesehen würde. Indes erscheint es wenig überzeugend, das Ergebnis, inwieweit ein Vertrag angepaßt oder aufgelöst werden soll, von der begrifflichen Einordnung des betreffenden Umstandes bestimmen zu lassen. Ob der Vertrag angeglichen werden soll, dürfte nicht nach der Bezeichnung des entfallenden Umstandes als Vertragszweck, sondern vielmehr durch eine Interessenabwägung nach dem Grundsatz von Treu und Glauben entschieden werden. In welchem Maße dieser Weg sachgerechte Lösungen ermöglicht, soll jedoch erst untersucht werden, wenn das Gebot von Treu und Glauben als Anpassungsmaßstab erörtert wird. Abschließend sei hier nur gesagt, daß der Richter zwar den eventuellen und von den Parteien vereinbarten Zweck des Vertrages als Maßstab der Anpassung zu beachten und möglichst zu wahren hat. Stellt sich jedoch heraus, daß dieser Zweck auch nach einer Anpassung des Vertrages nicht mehr zu erreichen ist, hat der Richter nicht sofort den Vertrag aufzulösen, sondern nach den übrigen Anpassungsmaßstäben zu prüfen, ob der Vertrag nicht doch in einer Weise abgeändert werden könnte, die es erlauben würde, ihn seinem Sinn gemäß weiterzuführen.

(c) Aus dem festgestellten Vertragsinhalt sind weiterhin die Parteiwertungen als Maßstab der Anpassung zu berücksichtigen. Sie sind insbesondere zu beachten, wenn es gilt herauszufinden, wie ein bestimmter Vertragspunkt den veränderten Verhältnissen anzugleichen ist. Keineswegs kann hier der Richter die gewandelte Lage nach eigenem Gutdünken bewerten. Vielmehr hat er sich zu vergegenwärtigen, welche Interessen bei dem Vertragsabschluß bestanden, wie die Interessenlage von den Parteien beurteilt und ausgeglichen worden ist und inwiefern dieser Interessenausgleich durch die eingetretene Änderung beeinflußt worden ist. Maßgeblich für den ursprünglichen Interessenausgleich ist dabei in erster Linie das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung. An die so ermittelten Wertungen der Parteien ist der Richter gebunden. Sie hat er nach Möglichkeit auf das veränderte Interessengefüge zu übertragen. [1] Insbesondere hat er

---

1) Ähnlich Erman-Westermann § 133 Anm. 3 und Brox, Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung, S. 133. Brox zieht zur Begründung auch das im Text folgende Beispiel heran.

zu versuchen, das ursprüngliche Verhaltnis von Leistung und Gegenleistung auch bei den veränderten Umständen zu erhalten. Daß diese Bindung des Richters an die Parteiwertungen auch dem Gesetz entspricht, kann beispielsweise dem § 472 BGB entnommen werden. Bei ihm ist ebenfalls nicht von dem wirklichen Wert der Sache auszugehen, sondern der von den Parteien vereinbarte Preis zugrunde zu legen.
Allerdings ist zu beachten, daß die Parteiwertung nur dann maßgeblich sein kann, wenn die Umstände, die die Grundlage der Wertung bildeten, nicht entfallen sind. Für die Frage, ob die Parteiwertung Richtlinie der Anpassung zu sein hat, muß daher zwischen zwei Fällen unterschieden werden.

(1) Einmal kann sich ein Umstand ändern, der die Gesamtwertung beeinflußt hat. Die Parteien können etwa einen bestimmten Preis vereinbart haben. Nunmehr ändert sich einer jener Faktoren, die für die Preisbildung wesentlich waren. Dabei kann es sich zunächst um solche Posten handeln, die fester und meßbarer Bestandteil der Wertung waren.

> A liefert dem B bestimmte Waren zu einem festen Preis frei Werk X. B verlegt nun einen Teil seiner Produktion nach Y. Dadurch entstehen A erheblich höhere Frachtkosten.

Es können aber auch andere Umstände sein, die beispielsweise als Vergleichsgröße für die erzielte Wertung bestimmend waren.

> A schließt mit dem Ölkonzern B in einer Zeit, in der die Beschaffung des Rohöls erhebliche Schwierigkeiten bereitet, einen auf 15 Jahre befristeten Vertrag, nach dem B jährlich 2 Mill. to Rohöl zu liefern hat. Vereinbart wird ein Festpreis, der 10% unter dem Weltmarktpreis zur Zeit des Vertragsschlusses liegt. Nach einigen Jahren tritt ein völliger Verfall des Rohölmarktes ein. Der Weltmarktpreis sinkt um 40%.

Regelmäßig werden hier somit meßbare Änderungen eines bestimmten Wertungsmomentes vorliegen. Auszugehen hat die Anpassung dann von der ursprünglichen Parteiwertung, auch wenn diese einem gerecht und billig Denkenden unverständlich erscheint. Anschließend ist der Vertrag grundsätzlich in der Weise anzupassen, daß die Gesamtwertung (Preis etc.) in dem gleichen Maße verändert wird, wie die meßbare Änderung des Wertungsmomentes sich auf die Gesamtwertung auswirkt. In Einzelfällen kann allerdings diese grundsätzliche Verfahrensweise durch die übrigen Anpassungsmaßstäbe verdrängt werden, vor allem durch den Sinn der Anpassungsklausel, die Nachteile einer späteren Entwicklung nicht nur einer Partei anzulasten. - So wäre es etwa in dem erwähnten Rohöl-Fall nicht angebracht, die meßbare Änderung der Vergleichsgröße auf die Wertung zu übertragen. - Aber auch in diesen Fällen ist die ursprüngliche Wertung als e i n Maßstab von mehreren zu beachten.

(2) Das Verfahren, die vertragliche Wertung in dem Maße zu ändern, wie sich einer der Wertungsfaktoren verändert hat, ist in der zweiten Fallgruppe überhaupt nicht anwendbar. Ihr ist es eigen, daß sich Umstände, die für die Wertung bestimmend waren, nicht ändern, sondern wegfallen.

> Im Jahre 1910 schließt A mit dem Kaliwerk B einen Vertrag auf die Dauer von 50 Jahren, nach dem B größere Ländereien zur Gewinnung von Kalisalzen überlassen werden. A erhält eine jährliche Nutzungsentschädigung, die sich nach der Förderquote richtet, welche B von seiten des Kalisyndikats zugestanden worden ist. Nach dem Jahre 1945 entfällt diese Quote als Folge des Dekartellierungsverfahrens.

> Zwischen A und B besteht ein langfristiger Liefervertrag, nach dem B als Tochtergesellschaft der A-AG den benötigten Rohstahl zu außergewöhnlich günstigen Preisen erhält. Nach einigen Jahren veräußert A die Mehrheitsbeteiligung an die B-AG. Anschließend verlangt A die üblichen Preise.

In beiden Fällen sind die Umstände (Förderquote, Tochtergesellschaft), die für die getroffene Wertung ausschlaggebend waren, durch die eingetretene Änderung weggefallen. Infolgedessen kann die ursprüngliche Parteiwertung insoweit nicht mehr Maßstab der Anpassung sein. Dem Richter obliegt es daher, die Lücke zu füllen, die durch den Wegfall des Wertungsmomentes entstanden ist. Da der Vertrag aber eine von den Parteien gewollte und in Kraft gesetzte Regelung darstellt, ist es dem Richter nicht freigestellt, die Wertung nach eigenem Gutdünken vorzunehmen. Vielmehr hat er die übrigen Wertungsmomente der Parteien zu berücksichtigen, sofern sie erkennbar und durch die eingetretene Änderung der Umstände nicht beeinflußt worden sind. [1]

Welche Wertungsfaktoren dabei zu beachten sein können, sei an folgendem Beispiel dargelegt.

> Mehrere Unternehmen der eisenverarbeitenden Industrie gründen eine GmbH (A-GmbH). Gesellschafter sind die beteiligten Unternehmen, Zweck der Gesellschaft ist die Verwertung des Eisen- und Stahlschrottes, der in den Werken der Gesellschafter anfällt. Die A-GmbH zahlt ihren gesamten Ertrag - ohne die Kapitaleinlagen zu verzinsen - als Entgelt für die Lieferungen an die Gesellschafter aus. Von den gesamten Umsätzen auf dem Markt für Eisen- und Stahlschrott entfallen etwa 75% auf die A-GmbH.

---

1) vgl. dazu Brox, Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung, S. 134 f.

Die B-AG kauft ebenfalls Schrott von eisen- und stahlverarbeitenden Unternehmen. Sie tätigt etwa 15% des Umsatzes. Nach der Gründung der A-GmbH wird es für sie schwierig, Lieferanten zu finden. Sie vereinbart deshalb mit der C-AG, die nicht Gesellschafterin der A-GmbH ist, folgenden Vertrag: Die C-AG liefert der B-AG den gesamten in ihrem Unternehmen anfallenden Schrott. Die B-AG verpflichtet sich dagegen, als Kaufpreis das Entgelt zu zahlen, das die A-GmbH aus dem Gesamtertrag an ihre Gesellschafter zahlt (sogenannter A-GmbH-Vergleichspreis). In dem Vertrag wird weiterhin folgende Anpassungsklausel vereinbart:
"Sollten sich Umstände, die bei Abschluß des Vertrages vorlagen, so wesentlich ändern, daß es für eine oder beide Vertragsparteien nicht mehr zumutbar ist, an dem Vertrag oder einzelnen Vertragsbestimmungen festgehalten zu werden, so sind die Vertragspartner verpflichtet, die aufgetauchten Probleme im Sinne dieses Vertrages zu lösen; diese Verpflichtung gilt insbesondere für den Fall, daß die gegenwärtige Vergleichbarkeit der beiden Unternehmen A-GmbH und B-AG nicht mehr gegeben ist oder daß der A-GmbH-Vergleichspreis wesentlich durch Umstände beeinflußt wird, die nicht Folge eines normalen Geschäftes sind."

Nach einiger Zeit wird die A-GmbH mit der B-AG fusioniert. Um die Verschmelzung durchführen zu können, wird das Grundkapital der B-AG wesentlich erhöht. Dabei übernehmen die bisherigen Gesellschafter der A-GmbH den Anteil, um den das Grundkapital erhöht worden ist. Sie verfügen damit über die Aktienmehrheit.
Die B-AG verlangt nunmehr von der C-AG, einen neuen Lieferpreis zu vereinbaren. Über die Höhe dieses Preises können sich die Parteien nicht einigen.

An diesem Beispiel wird zunächst deutlich, wie wichtig eine Anpassungsklausel für den Fortbestand des jeweiligen Vertrages sein kann. Hätten die Parteien nämlich keine Anpassungsklausel vereinbart, so könnte zwar nicht geltend gemacht werden, die Beendigung der A-GmbH stelle einen Wegfall der Geschäftsgrundlage des Vertrages dar; denn der Fortbestand der A-GmbH kann nicht als wirtschaftliche Grundlage des Vertrages zwischen B und C angesehen werden, die er sein müßte, um nach den Regeln der Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage überhaupt berücksichtigt werden zu können. [1] Das Absatzinteresse der C-AG und das

---

1) Wenn auch im übrigen verschiedene Ansichten zu dem Begriff der Geschäftsgrundlage vertreten werden, besteht doch Einigkeit, daß der betreffende Umstand die wirtschaftliche Grundlage des Vertrages bilden muß. Streitig ist dann lediglich, ob diese Grundlage subjektiv, objektiv oder nach subjektiven und objektiven Gesichtspunkten bestimmt werden soll.

-Forts. S. 41

Erwerbsinteresse der B-AG ist unabhängig von dem Vorhandensein der A-GmbH. Der Fortfall der A-GmbH hätte jedoch aus einem anderen Grunde die Unwirksamkeit des Vertrages zwischen B und C zur Folge. Der Preis, den B zu zahlen hatte, bestimmte sich nach der Höhe des Entgeltes, das die A-GmbH an ihre Gesellschafter leistete. Nach der Verschmelzung beider Unternehmen ist aber dieser Vergleichspreis entfallen. Damit ist es zugleich unmöglich geworden, den Preis, den B zu zahlen hat, auf die vereinbarte Weise zu bestimmen. Die Folge dieser Unbestimmtheit des Lieferpreises wäre - bei im übrigen fehlender Bestimmungsmöglichkeit - die Unwirksamkeit des Vertrages. [1] Dieses Ergebnis kann nun jedoch auf Grund der Anpassungsklausel vermieden werden. Sie schafft gerade für den Fall, daß der A-GmbH-Vergleichspreis entfällt, insofern eine Möglichkeit, den Preis in dem Vertrage B / C zu bestimmen, als sie beide Parteien verpflichtet, sich über den neuen Preis zu einigen.

Das Beispiel zeigt aber weiterhin, mit welchen Schwierigkeiten eine sach- und interessengerechte Anpassung verbunden sein kann. So könnte es hier schon zweifelhaft sein, ob durch den Wegfall der A-GmbH überhaupt der Tatbestand der Klausel erfüllt ist. Die Parteien haben vereinbart, daß eine Änderung wesentlicher Umstände dann zu neuen Verhandlungen verpflichten soll, wenn ein Festhalten am Vertrage oder einzelnen Vertragsbestimmungen in der ursprünglichen Form für einen oder beide Partner u n z u m u t b a r wäre. Daraus könnte zu folgern sein, daß Änderungen, die es nicht unzumutbar erscheinen lassen, den Vertrag unverändert durchzuführen, keine Anpassungspflicht auslösen. Da der Fortfall der A-GmbH keine unzumutbaren Folgen für eine oder beide Parteien hat, könnte deshalb gesagt werden, es bestehe keine Pflicht zur Anpassung. Die Folge davon wäre, daß der Liefervertrag nunmehr wegen Unbestimmtheit und Unbestimmbarkeit des Preises unwirksam wäre. Dieses Ergebnis widerspräche aber dem Willen der Parteien, wie er in der Klausel erkennbar Ausdruck gefunden hat. Die Vertragspartner haben in dem zweiten Teil der Klausel beispielhaft aufgeführt, wann sie eine Anpassungspflicht als gegeben ansehen wollen. Der Anschluß dieses Teiles an den ersten Satz mit den Worten "diese Verpflichtung gilt insbesondere" zeigt dabei, daß die Parteien die Anpassungspflicht bei diesen Änderungen aus der allgemeinen Klausel ableiten. Ob damit allerdings auch auf den Tatbestand der Klausel verwiesen werden und deshalb nur solche Änderungen erheblich sein sol-

---

Fortsetzung der Fußnote 1) von Seite 40
Für die subj. Theorie: vgl. RG JW 1937, 2036; RGZ 168, 121 (127); BGH Betrieb 1955, 574; BGHZ 25, 390 (392); Oertmann, Die Geschäftsgrundlage; für die objektive Theorie vgl. Krückmann in AcP 116, 157 ff; vermittelnd Lehmann-Hübner, Allg. Teil des BGB, § 35 A VII (S. 292); Soergel-Siebert § 242 Rdnr. 239; Larenz, Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, S. 17 ff; 84 ff; 156 ff.

1) Unbestimmtheit bei fehlender Bestimmungsmöglichkeit des Preises schließt einen Kaufvertrag oder einen Vorvertrag zu ihm aus; RGZ 124, 71 (84).

len, die unzumutbare Belastungen zur Folge haben, könnte zweifelhaft sein. Es wäre auch denkbar, daß die Parteien bei einer Änderung der von ihnen genannten Umstände auf jeden Fall und unabhängig von der Unzumutbarkeit zur Anpassung verpflichtet sein wollten. Indes kommt es auf diese verschiedenen Auslegungsmöglichkeiten hier nicht an; denn selbst wenn eine Unzumutbarkeitsvoraussetzung bejaht würde, wäre sie nur zu beachten, wenn sich der Vergleichspreis geändert hätte. Hier ist der Preis jedoch entfallen. Es geht also nicht darum, den Preis in dem Vertrage B / C an geänderte wirtschaftliche Verhältnisse anzupassen, sondern den weggefallenen Preisbestimmungsfaktor durch einen anderen zu ersetzen. Auch dieser Fall wird von der Anpassungsklausel erfaßt. Wollten die Parteien nämlich schon bei bestimmten Änderungen des Vergleichspreises zur Anpassung verpflichtet sein, so kann diese Pflicht erst recht bei einem Wegfall des Preises angenommen werden.

Ist damit die Pflicht zur Anpassung bejaht, so ergeben sich nun erst die eigentlichen Schwierigkeiten, wie die Anpassung konkret vollzogen werden soll. Welchen Preis hat B zu zahlen, nachdem die A-GmbH und das von ihr gezahlte Entgelt als Preisbestimmungsfaktor entfallen ist? Diese Frage läßt sich sachgerecht beantworten, wenn das Verfahren und die Maßstäbe berücksichtigt werden, die hier für eine Anpassung entwickelt worden sind. Insbesondere wird dabei zu beachten sein, welche Wertvorstellungen die Parteien bei ihrem ursprünglichen Interessenausgleich bestimmt haben, wie die Interessenlage beschaffen war und welche Veränderungen sie durch den Wegfall des Vergleichspreises und der A-GmbH erfahren haben kann. Wird in dieser Weise vorgegangen, so muß das Ergebnis auch dem Sinn des Vertrages und damit der Richtlinie entsprechen, die sich die Parteien in der Klausel selbst als Anpassungsmaßstab gesetzt haben.

Erforderlich ist es somit, einerseits die Interessenlage beim Abschluß des Vertrages und ihre Bewertung durch B und C festzustellen sowie andererseits die gegenwärtige Interessenlage zu ermitteln.

Dabei ist zunächst zu beachten, daß B nach der Gründung der A-GmbH in einer verschärften Wettbewerbssituation stand. Für B war es schwierig, überhaupt noch Lieferanten zu finden. Im Wettbewerb mit der A-GmbH konnte die B-AG daher nur dann bestehen, wenn sie den möglichen Lieferanten, die noch nicht Gesellschafter der A-GmbH waren, besondere Anreize bot. Diese Anreize bestanden im Falle der C-AG darin, ihr die Vorteile zu gewähren, die sie als Gesellschafterin der A-GmbH erlangt hätte, ohne andererseits aber eine Kapitaleinlage zu verlangen, wie sie die Gesellschafter der A-GmbH zu leisten hatten. Nur aus diesen Gründen wurde das Entgelt, das die A-GmbH ihren Gesellschaftern zahlte, als Preisbestimmungsfaktor für den Vertrag zwischen B und C gewählt.

Nachdem nun die A-GmbH nicht mehr besteht, ist zwar die Wettbewerbssituation und damit auch der Zwang für die B-AG entfallen, durch besondere Anreize Lieferanten zu gewinnen. Deshalb wird die B-AG bestrebt sein, der C-AG nicht mehr die Vorteile bieten zu müssen, die sie ihren jetzigen Gesellschafter-Lieferanten einräumt. Demgegenüber haben sich aber die Interessen der C-AG keineswegs verändert. Sie wird weiterhin darauf bestehen, den Gesellschafter-Lieferanten gleichgestellt zu werden, ohne eine Kapitaleinlage leisten zu müssen.

Wenn von diesem Vergleich der Interessenlagen bei Vertragsabschluß und nach Eintritt der Änderung ausgehend die Rechtsfolge der Anpassung bestimmt werden soll, so wird vorab unter Berücksichtigung der übrigen Anpassungsmaßstäbe gesagt werden können, daß der neue Preis wirtschaftlich der Leistung entsprechen muß, die bislang von der B-AG erbracht worden ist; denn es ist kein Grund ersichtlich, der es rechtfertigen würde, der B-AG aus der von ihr selbst herbeigeführten Änderung Vorteile zu Lasten der C-AG zu gewähren. Allerdings darf der neue Preis für die B-AG nicht unzumutbar sein. Diese Grenze der Anpassung ergibt sich allgemein bereits aus dem Grundsatz von Treu und Glauben, der ein Maßstab jeder Anpassung ist. Sie folgt hier aber insbesondere auch aus der Klausel selbst, in der die Parteien vereinbart haben, daß unzumutbare Folgen tatsächlicher Änderungen die Anpassungspflicht auslösen. Damit ist aber zum Ausdruck gebracht, daß auch die Anpassung nicht eine Partei zu einer unzumutbaren Leistung verpflichten darf.

Innerhalb dieses Rahmens ist es daher zu versuchen, den Preis zu finden, der wirtschaftlich die Leistung darstellt, die von B ursprünglich erbracht worden ist. Ziel der Anpassung muß es somit sein, der C-AG die Vorteile einzuräumen, die sie ursprünglich dadurch erhielt, daß sie hinsichtlich des Entgeltes den Gesellschafter-Lieferanten der A-GmbH gleichgestellt wurde, ohne andererseits eine Kapitaleinlage leisten zu müssen. Wie der Preis beschaffen sein müßte, um der C-AG diese Stellung zu geben, kann hier zwar nicht entschieden werden; denn dazu müßte das Beispiel um konkrete Angaben über die Verschmelzung, das Grundkapital, die Stellung der jetzigen Gesellschafter, die Verzinsung des Kapitals etc. ergänzt werden. Doch können hier Wege aufgezeigt werden, die bei Kenntnis konkreter Umstände geeignet wären, den Preis zu ermitteln. So könnte etwa daran gedacht werden, daß sich der Preis nach dem Ertrag zu richten hätte, der noch nicht um die Verzinsung des betriebsnotwendigen Kapitals gemindert worden ist; denn die B-AG hat auch ursprünglich erst den A-GmbH-Preis zahlen müssen und nur von dem verbleibenden Ertrag das betriebsnotwendige Kapital verzinsen können. Zudem war auch die Höhe des A-GmbH-Preises dadurch mitbestimmt, daß das Kapital unverzinslich zur Verfügung stand. Allerdings wäre dann auch zu fragen, ob C nicht bei dieser Lösung auf Grund des erhöhten Kapitals besser stehe als nach dem ursprünglichen Vertrage. Gegebenenfall-

könnte dieser Vorteil dadurch ausgeglichen werden, daß bei der Preisberechnung das eingebrachte Kapital der früheren Gesellschafter der A-GmbH außer Betracht bliebe. Schließlich könnte aber auch bestimmt werden, der C-AG den Preis zuzubilligen, der jetzt den Gesellschafter-Lieferanten zusteht, und ihr zusätzlich eine Dividende in der an die Gesellschafter-Lieferanten gezahlten Höhe auf einen fiktiven Kapitalanteil zu gewähren.

Bei diesen Lösungen könnte sich herausstellen, daß die C-AG gegenüber den Gesellschafter-Lieferanten bessergestellt wäre. Dieses Ergebnis wäre aber unerheblich, solange es sich - wie dargelegt - in den Grenzen der Zumutbarkeit für die B-AG hielte. Allein aus der Besserstellung der C-AG als Nurlieferant gegenüber den Gesellschafter-Lieferanten folgt aber eine solche Unzumutbarkeit noch nicht; dieser Unterschied entspräche vielmehr dem ursprünglichen Vertrag, nachdem die C-AG bereits den Vorteil gegenüber den Gesellschaftern der A-GmbH besaß, zwar das gleiche Entgelt zu erhalten, nicht aber eine Kapitaleinlage leisten zu müssen. Hinzu kommt außerdem noch, daß der Unterschied eine Folge des zwischen B und C geschlossenen Individualvertrages wäre, der nach der Verschmelzung fortbesteht. Allerdings wäre das Ergebnis auch daran zu messen, ob es absolut, d.h. nicht aus dem Vergleich mit den Gesellschafter-Lieferanten, unzumutbar wäre. Das könnte nur der Fall sein, wenn die B-AG durch die neu zu erbringende Leistung sehr erheblich belastet würde. [1] Diese Voraussetzung ist hier aber nicht erfüllt. Durch die Verschmelzung ist der Marktanteil der B-AG von etwa 15% auf ungefähr 90% gestiegen. Aus diesem Verhältnis geht hervor, daß die B-AG durch die Leistung an den einzelnen Lieferanten C, der nur einen Teil des ursprünglichen Bedarfes deckt, nicht sehr erheblich belastet sein kann.

Als allgemeines Ergebnis dieser Überlegungen zu dem gebildeten Beispiel kann festgehalten werden, daß eine Anpassung insbesondere dann schwierig sein kann, wenn Umstände wegfallen, die ausschließlich oder in wesentlichem Maße eine oder beide Leistungen in dem Vertrage bestimmt haben. Um hier eine interessengerechte Anpassung vornehmen zu können, wird der Richter vor allem den Inhalt des Vertrages, die ursprüngliche Interessenlage und ihre Bewertung durch die Parteien ermitteln müssen. Lassen sich aus diesen Wertvorstellungen beider Parteien Anhaltspunkte dafür finden, was vereinbart worden wäre, wenn die Parteien den Wegfall des wertbildenden Umstandes bedacht hätten, so sind diese Feststellungen als Maßstab bei der Anpassung zu beachten. Nur dann, wenn insofern keine Anhaltspunkte aus dem Parteiwillen hergeleitet werden können, greift

---

1) vgl. dazu aus der Rechtsprechung RGZ 168,121 (126); BGH BB 1958,31; BGH NJW 1958,1772; aus der Literatur Staudinger-Weber § 242 B 28,31.

die richterliche Wertung ein. Sie hat sich dann an den übrigen Maßstäben auszurichten, nach denen der konkrete Inhalt des Anpassungsvertrages zu bestimmen ist.

5) Die Verkehrssitte

Hat der Richter nun auf die dargelegte Weise, d.h. aus dem Sinn der Anpassungsklausel, der tatbestandsmäßigen Änderung und dem gesamten Vertragsinhalt, ermittelt, wie der bestehende Vertrag abgeändert werden soll, so ist schließlich gemäß § 157 BGB noch zu prüfen, ob das gewonnene Ergebnis dem Grundsatz von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte entspricht. Der Verkehrssitte wird der Inhalt des Anpassungsvertrages gerecht, wenn er sich in Übereinstimmung mit dem befindet, was im Verkehr jener Wirtschaftskreise, denen die Parteien angehören, allgemein üblich ist.

> A hat dem B einige Räume zum Betriebe einer Milchbar vermietet. Die vermutliche Höhe der Einnahmen war maßgeblich für die Festsetzung des Mietzinses. Später wandelt sich der Geschmack des Publikums, so daß die Einnahmen der Milchbars allgemein erheblich zurückgehen. Deshalb gehen die Inhaber solcher Betriebe dazu über, zusätzlich alkoholische Getränke zu verkaufen. Diese allgemeine Entwicklung hat der Richter zu beachten, wenn B ebenfalls eine derartige Anpassung des Vertrages begehrt. [1]

> In dem erwähnten Kalisalz-Fall wäre zu fragen, nach welchem System andere Kaliwerke die Entschädigung berechnen, soweit eine solche Feststellung getroffen werden könnte. [2]

Allerdings kann eine tatsächlich bestehende Übung nur in solchen Fällen als Verkehrssitte bezeichnet werden, in denen sie allgemein und ausnahmslos gilt. Weiterhin können derartige Verkehrssitten nur dann berücksichtigt werden, wenn beide Parteien den Wirtschaftskreisen angehören, in denen diese Sitten angewendet werden. Sind diese Voraussetzungen nicht gegeben, dürfen etwaige Gebräuche nicht beachtet werden, es sei denn, die Parteien vereinbaren ein solches Verfahren. Desgleichen ist eine Verkehrssitte außer Acht zu lassen, wenn sie dem Parteiwillen, der in dem zugrunde liegenden Vertrag zum Ausdruck gebracht worden ist, widerspricht. [3]

---

1) Zu diesem Beispiel vgl. BGH NJW 1957,1833.

2) vgl. S. 39.

3) Erman-Hefermehl § 157 Anm. 3; Soergel-Siebert § 157 Rdnr. 25 ff.

6) Der Grundsatz von Treu und Glauben

Außerdem ist das vorgesehene Ergebnis an dem Gebot von Treu und Glauben zu messen. Dabei ist jedoch nicht auf allgemeine Billigkeitserwägungen abzustellen, sondern der sich aus allen Umständen ergebende Inhalt des Anpassungsvertrages ist darauf zu prüfen, ob er dem Gebot von Treu und Glauben in diesem Einzelfall gerecht wird. Bei dieser Prüfung sind aber zwei Gesichtspunkte zu trennen.

a) So kann einmal die Auslegung der Anpassungsklausel nach den entwickelten Maßstäben zu Zweifeln Anlaß geben, ob eine Anpassung überhaupt dem Sinn des Vertrages und der Klausel entspricht. In diesem Falle ist nach Treu und Glauben zu entscheiden, ob eine Anpassung erfolgen soll. Andererseits dient das Gebot von Treu und Glauben dazu, bei zweifelsfreiem "ob" das "wie" der Anpassung zu überprüfen und insoweit wesentlicher Maßstab zu sein, wenn die übrigen Maßstäbe keine hinreichenden Anhaltspunkte für den angemessenen Inhalt des Abänderungsvertrages ergeben haben.

Bei der ersten Fallgruppe, in jenen Sachgestaltungen also, in denen nach Art und dem Ausmaß der eingetretenen Änderung eine Anpassung des Vertrages fragwürdig geworden ist, gilt es, vorwiegend nach Treu und Glauben zu entscheiden, welche Rechtsfolge anzuwenden ist. Regelmäßig handelt es sich dabei um Änderungen, durch die der Vertrag zwar nicht sinnlos wird, deren Folge aber der Wegfall von Umständen ist, die alleiniger oder wesentlicher Beweggrund einer oder beider Parteien waren. Soweit derartige Umstände als vereinbarter Zweck eines Vertrages bezeichnet werden, sind hier auch die Fälle einzuordnen, in denen der Fortfall dieses Zweckes infolge einer Änderung zur Auflösung des Vertrages führen soll. [1)]

Hier könnte auch das früher bereits erwähnte Beispiel zitiert werden, in dem A Pkw-Sitze an das Zweigwerk E des B-Konzerns lieferte, das ausschließlich für den Export nach Übersee produzierte. Kommt nun diese Ausfuhr zum Erliegen, ist ein Umstand fortgefallen, auf dessen Fortbestand beide Parteien vertraut haben. Ist daher der ursprüngliche Vertrag aufzulösen oder darf A die Sitze für die nunmehr in dem Werk hergestellten Omnibusse liefern?

Die A-AG schließt mit der B-AG einen langfristigen Vertrag, nach dem die B-AG die Entwicklung und Forschung im Automobilbau betreiben und ihre Entwicklungsergebnisse in internationalen Rennen erproben soll. Die A-AG

---

1). vgl. S. 34.

verpflichtet sich, die erprobten Verbesserungen zu übernehmen und bei einer praktischen Verwertung einen bestimmten Betrag pro Produktionseinheit an B abzuführen. Außerdem beteiligt sich A mit einem bestimmten Prozentsatz an den Entwicklungskosten. Die Aktien der A- und B-AG befinden sich fast ausschließlich im Besitz zweier Familien, die freundschaftlich verbunden sind. Diese Freundschaft war Beweggrund des Vertragsabschlusses.

Nach einigen Jahren geht nun die Aktienmehrheit an der B-AG in die Hände eines ausländischen Automobilkonzerns über. Die A-AG möchte sich nunmehr von dem Vertrag lösen.

Wie in derartigen Fällen zu entscheiden ist, hängt davon ab, was der Grundsatz von Treu und Glauben insoweit gebietet. Gemäß § 157 BGB ist die Anpassungsklausel nach diesem Grundsatz auszulegen. Vorab ist allerdings zu betonen, daß die Auflösung des Vertrages nur eine Ausnahme sein kann. Grundsätzlich ist zunächst zu versuchen, bestehende Verträge zu erhalten (favor contractus), wozu hier insbesondere die Anpassungsabrede zwingt, mit der die Parteien die Bestandskraft des Vertrages erhöhen wollten.

Wenn nach Treu und Glauben darüber befunden wird, ob der Vertrag angepaßt werden kann, sind nicht nur die gegenseitigen Belange beider Parteien, sondern auch die wirtschaftliche Bedeutung des betreffenden Vertrages zu berücksichtigen. [1] Daneben sind weiterhin die gegensätzlichen Interessen der Vertragsteile abzuwägen. Das Interesse des einen, den Vertrag fortzusetzen, ist mit dem Interesse des anderen, die vertraglichen Pflichten aufzuheben, zu vergleichen. Als Maßstab dieser Interessenabwägung ist wegen der wirtschaftlichen Bedeutung der Verträge, in denen die hier erörterte Anpassungsklausel vereinbart wird, die wirtschaftliche Unzumutbarkeit des Ergebnisses anzusehen; [2] denn die Theorie der Unzumutbarkeit wird zu Recht als Teil der Lehre von Treu und Glauben verstanden. [3] Danach ist also jeweils zu prüfen, welchem Interesse nach den Gesichtspunkten der Unzumutbarkeit Vorrang zu geben ist.

So hat in dem Fall, in dem die Aktienmehrheit bei einem Vertragspartner wechselte, der bisherige Vertragsteil A durchaus ein berechtigtes Interesse daran, die Zusammenarbeit zu beenden. [4] Er muß befürchten, daß die ausländische Konkurrenz über diesen Vertrag Einblick in seine Produktionsmethoden und -geheim-

---

1) Erman-Hefermehl § 157 Anm. 4.

2) So auch Lange in Festschrift für Gieseke, S. 40, für die Ermittlung der Rechtsfolgen, die sich bei dem Wegfall der Geschäftsgrundlage ergeben können.

3) Fikentscher, Schuldrecht, § 27 II 1 (S. 115).

4) vgl. auch Staudinger-Weber § 242 Anm. B 446.

nisse gewinnt und ihm dadurch erheblicher Schaden zugefügt werden kann. Andererseits könnte aber das Forsetzungsinteresse des Vertragsgegners dem Beendigungsinteresse vorgehen, und zwar dann, wenn die Auflösung des Vertrages unzumutbare wirtschaftliche Nachteile für den Vertragspartner mit sich brächte. Ob das der Fall wäre, könnte nur gesagt werden, nachdem die wirtschaftlichen Auswirkungen der Vertragsbeendigung geprüft wären.

Welche Schäden jedoch im Einzelfall eintreten und deshalb dazu führen können, dem Fortsetzungsinteresse stattzugeben, zeigt das andere Beispiel. Würde hier der Vertrag aufgelöst, so hätte dies zur Folge, daß der Lieferant, dessen Produktion fast ausschließlich auf diesen Vertrag ausgerichtet war [1] und der sich wegen des erwarteten sicheren Absatzes in den nächsten Jahren weitgehend aus dem Wettbewerb zurückgezogen hat, plötzlich versuchen müßte, neue Absatzmöglichkeiten zu erschließen. Zugleich müßte er seine Produktion umstellen, weil der bislang angefertigte Typ nur bei der bestimmten Automarke verwendet werden kann. Soweit der Lieferant nicht über erhebliche Rücklagen verfügt, dürfte er einen solchen Umstellungsprozeß kaum erfolgreich bewältigen können. Scheitert aber der Versuch, bedeutet dies den Verlust der wirtschaftlichen Existenz für den Lieferanten und der Menschen, die von ihm wirtschaftlich abhängig sind.

Insbesondere dieses Beispiel beweist, daß bei dem Fortfall von Umständen, die für den Vertrag erheblich waren, die Frage, ob der Vertrag dennoch anzupassen ist, nach Treu und Glauben und dabei auch nach den wirtschaftlichen Auswirkungen einer Auflösung zu beantworten ist. [2] Zu diesem Verfahren verpflichtet nicht nur das gemäß § 157 BGB zu beachtende Gebot von Treu und Glauben, sondern hier vor allem die Eigenart der Verträge, in denen gewöhnlich solche Anpassungsklauseln vereinbart werden. [3] Wenn aus diesen Gründen die Fortsetzung des Vertrages bejaht würde, könnte auch nicht gesagt werden, daß damit dem Willen der Parteien Gewalt angetan wäre. Schließlich haben die Parteien durch die Anpassungsklausel zum Ausdruck gebracht, daß sie dem Vertrag eine erhöhte Be-

---

1) Wie früher (S. 6 f) gesagt, soll davon ausgegangen werden, daß durch den Vertrag 80% der Produktionskapazität des Lieferanten ausgelastet sind. Zudem hat der Vertrag eine Laufzeit von 20 Jahren.

2) vgl. auch Staudinger-Weber § 242 Anm. B 168 und Larenz, Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, S. 172.

3) Gesagt werden könnte deshalb, der Anpassungsklausel sei der "Grundsatz der wirtschaftlichen Vernunft" (rule of reason) immanent (zu diesem im amerikanischen Antitrust-Recht entwickelten Grundsatz vgl. etwa Fikentscher in Festschrift für Hueck, S. 559). Die Auslegung hätte daher so zu erfolgen, daß das Ergebnis wirtschaftlich vernünftig wäre.

standskraft sichern und insbesondere vermeiden wollen, die Nachteile einer zukünftigen ungewissen Entwicklung nur einer Partei anzulasten. Diesem Willen wird entsprochen, wenn die Anpassungsabrede nach dem Grundsatz von Treu und Glauben dahingehend ausgelegt wird, daß eine Anpassung auch zu erfolgen hat, sofern zwar durch die eingetretene Änderung zuverlässige Maßstäbe für die Anpassung dem Vertrag nicht mehr zu entnehmen sind, eine Auflösung des Vertrages aber erhebliche wirtschaftliche Nachteile für eine Partei verursachen würde. Läßt sich daher in solchen Fällen der Vertrag trotz des entfallenen Umstandes sinngemäß fortführen, so ist dem Anpassungsbegehren einer Partei stattzugeben.[1)]

Nach diesen Regeln ist nun auch der erörterte Export-Fall zu entscheiden. Da die Auflösung des Vertrages dem Lieferanten außergewöhnlich große und daher unzumutbare wirtschaftliche Nachteile zufügen würde, ist hier nach Treu und Glauben dem Fortsetzungsinteresse des Lieferanten der Vorrang zu gewähren. Der Vertrag ist also den veränderten Umständen anzugleichen. Fraglich ist nun allerdings, wie angepaßt werden soll. Ist der Anpassungsunwillige zu verurteilen, an einer Abänderung mitzuwirken, nach der der Vertragspartner nunmehr für die weitere Laufzeit des Vertrages Sitze für Omnibusse liefern darf? Oder hat der Richter zwar im wesentlichen eine solche Entscheidung zu fällen, sie aber insofern zu modifizieren, als er etwa die Dauer des Vertrages herabsetzt, d.h. die Anpassung nur als einen Übergang zur Auflösung betrachtet?

b) Die Antwort auf diese Fragen hängt von dem Maßstab ab, der für das "wie" der Anpassung bestimmend sein soll. Festgestellt wurde bereits, daß es gilt, den Inhalt des Abänderungsvertrages aus dem Sinn der Anpassungsabrede, der tatbestandsmäßigen Änderung und dem Vertragsinhalt unter Beachtung der Verkehrssitte zu ermitteln. Diese Maßstäbe werden hier jedoch kaum erhebliche Anhaltspunkte dafür geben, wie der Richter zu entscheiden hat. Wesentlich ist daher auch bei dieser Frage das Gebot, die Anpassungsklausel nach Treu und Glauben auszulegen (§ 157 BGB). Dieser Grundsatz, der bereits das "ob" einer Anpassung in Zweifelsfällen bestimmte, ist zugleich ein wichtiger Maßstab, an dem das "wie" der Anpassung gemessen wird.

Infolgedessen könnte die Dauer des Vertrages in dem erwähnten Beispiel nur dann verkürzt werden, wenn diese Maßnahme auf Grund einer Abwägung der gegenseitigen Interessen angebracht wäre. Bei der Frage, ob angepaßt werden sollte, wurde dem Interesse des Anpassungswilligen entsprochen. Den beiderseitigen

---

1) vgl. dazu auch Erman § 242 Anm. III 4 f; Staudinger-Weber § 242 Anm. E 411; Esser, Schuldrecht, § 13,3 (S. 45); BGH LM Nr. 2 zu § 77 BGB.

Interessen, sowohl dem Fortsetzungsinteresse des Anpassungswilligen als dem Beendigungsinteresse des Anpassungsunwilligen, ist nun bei der Bestimmung des "wie" hinreichend Rechnung getragen, wenn der Vertrag angeglichen, zugleich aber seine Laufzeit verringert wird. Dadurch wird einerseits vermieden, daß dem Anpassungswilligen erhebliche Nachteile zugefügt werden, und außerdem wird dieser Partei die Möglichkeit gewährt, sich auf die vorzeitige Beendigung des Vertrages einzurichten; andererseits werden dem Anpassungsunwilligen keine unzumutbaren Opfer abverlangt, zumal er früher als nach dem ursprünglichen Vertrag von seiner vertraglichen Verpflichtung entbunden wird. Als Antwort auf die angeführten Fragen ist somit festzustellen, daß der Richter auf Grund eingehender Abwägung der gegenseitigen Interessen im Rahmen der Anpassung die Vertragsdauer abkürzen darf. Die bestehende Vertragsfrist sollte dabei so bemessen werden, daß die wirtschaftlichen Nachteile, die sich aus einer kurzfristigen Auflösung des Vertrages ergeben würden, bei einem pflichtgemäßen Bemühen des Anpassungswilligen vermieden werden.

Es erübrigt sich eigentlich, noch ausdrücklich zu betonen, daß der Grundsatz von Treu und Glauben nicht nur bei den Fällen zu beachten ist, bei denen das "ob" und "wie" der Anpassung zweifelhaft erscheint. Aus § 157 BGB, nach dem der Inhalt des Abänderungsvertrages gewonnen wird, geht hervor, daß Treu und Glauben stets Maßstab der Auslegung und damit hier der Anpassung zu sein hat. Somit ist auch bei jenen Sachgestaltungen, die durch den Wegfall eines Wertungsmomentes gekennzeichnet waren, [1] die richterliche Wertung unter Beachtung der übrigen Maßstäbe nach Treu und Glauben vorzunehmen. [2] Als Beispiel dafür mag der bereits in anderem Zusammenhang erwähnte Rohöl-Fall dienen. [3]

> A schließt mit dem Ölkonzern B in einer Zeit, in der die Beschaffung des Rohöls erhebliche Schwierigkeiten bereitet, einen auf 15 Jahre befristeten Vertrag, nach dem B jährlich 2 Mill. to Rohöl zu liefern hat. Vereinbart wird ein Festpreis, der 10% unter dem Weltmarktpreis zur Zeit des Vertragsabschlusses liegt. Nach einigen Jahren tritt ein völliger Verfall des Rohölmarktes ein. Ein einheitlicher Weltmarktpreis läßt sich nicht mehr feststellen. Der Preis, der jetzt in Deutschland allenfalls erzielt werden kann, liegt 50% unter dem damaligen Weltmarktpreis.

Auch in diesem Fall ist die Art der Anpassung durch eine gegenseitige Interessenabwägung zu ermitteln. Dabei wird berücksichtigt werden müssen, daß es dem

---

1) vgl. S. 38 ff.

2) vgl. auch Erman-Hefermehl § 157 Anm. 7; Enneccerus-Nipperdey § 205 II 2 Fußn. 28; Brox, Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung, S. 132 f.

3) vgl. S. 38. Der Fall wird hier jedoch geringfügig abgewandelt.

Sinn der Anpassungsklausel widerspräche, die Verluste im Vergleich zu dem jetzt üblichen Preis in Deutschland nur dem Abnehmer anzulasten. Auf der anderen Seite wäre es aber ebenfalls nicht gerecht, die Folgen des Preisverfalls ausschließlich den Lieferanten tragen zu lassen. Dem Gebot von Treu und Glauben wäre vielmehr am besten entsprochen, wenn beide Parteien die nachteiligen Folgen der eingetretenen Änderung zu tragen hätten, etwa in der Form, daß der vereinbarte Preis um die Hälfte des Betrages gekürzt wird, den der Weltmarktpreis von dem Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bis zur Anpassung auf dem Inlandsmarkt nachgegeben hat.

Zusammenfassend kann somit gesagt werden, daß der Grundsatz von Treu und Glauben gemäß § 157 BGB zwar immer als Maßstab der Anpassung zu beachten ist. Seine Bedeutung im Einzelfall hängt indes davon ab, wie weit bereits die übrigen Maßstäbe den Inhalt der Anpassung ergeben. Kann die konkret vorzunehmende Anpassung schon aus dem Sinn der Anpassungsabrede, der Art und dem Ausmaß der tatbestandsmäßigen Änderung sowie dem Sinn- und Wertungszusammenhang des Vertrages unter Berücksichtigung der Verkehrssitte ermittelt werden, dient der Grundsatz von Treu und Glauben lediglich noch einer Kontrollfunktion, d.h. das gewonnene Ergebnis wird nur noch insoweit überprüft. Versagen die übrigen Maßstäbe jedoch, ist der Inhalt des Abänderungsvertrages hauptsächlich nach Treu und Glauben festzustellen, wobei allerdings auch die restlichen Maßstäbe als Anhaltspunkte für den Parteiwillen und - soweit es den Sinn des Vertrages und der Anpassungsklausel betrifft - zugleich als Schranke heranzuziehen sind. Die Bedeutung der einzelnen Maßstäbe kann daher von Fall zu Fall verschieden sein.

Als Ergebnis soll festgehalten werden, daß der Inhalt des jeweiligen Abänderungsvertrages durch Auslegung der Anpassungsklausel gemäß den §§ 133, 157 BGB zu ermitteln ist. Maßstäbe dieser Auslegung sind

(1) der Sinn der Anpassungsklausel,
(2) die Art und das Ausmaß der tatbestandsmäßigen Änderung,
(3) der Inhalt des bestehenden Vertrages, und zwar
    aa) der Sinn und eventuelle Zweck des Vertrages
    bb) und die Interessenlage und ihre Bewertung durch die Parteien,
(4) die Verkehrssitte
(5) und der Grundsatz von Treu und Glauben.

Unter Wahrung dieser Maßstäbe kann die Anpassung auf verschiedene Weise erfolgen. In den Grenzen, die durch den Sinn des Vertrages und der Anpassungsklausel gezogen sind, kann sie führen zu einer [1]

---

1) vgl. insoweit auch Staudinger-Weber § 242 Anm. E 412 ff.

(1) neuen Gestaltung der vertraglichen Beziehungen schlechthin,
(2) Verkürzung und damit teilweisen Aufrechterhaltung der Vertragsdauer,
(3) Abänderung einzelner Vertragspunkte,
(4) teilweisen oder völligen Abänderung von Haupt- oder Nebenpflichten, und zwar sowohl nach der Höhe als auch nach der Art,
(5) zahlen- und mengenmäßigen Erhöhung einer Leistung,
(6) Minderung, Erleichterung oder sonstigen Umgestaltung einer Leistung.

III. DIE ANSPRÜCHE DER PARTEIEN

1) Die Ansprüche bei einer Anpassung durch die Parteien

Die Anpassung kann zunächst in der Weise erfolgen, daß sich die Parteien einigen, welche vertragliche Abmachungen geändert werden sollen. Eine solche Anpassung kann einmal von jeder Partei in allgemeiner und inhaltlich unbestimmter Form angeregt werden. Es ist aber auch möglich, daß ein Vertragspartner einen konkreten Vorschlag unterbreitet, wie er den Vertrag geändert wissen möchte. Sofern dieser Vorschlag bestimmt gefaßt und erkennbar als rechtsgeschäftliche Erklärung gewollt ist, kann er als Angebot zum Abschluß eines Abänderungsvertrages bezeichnet werden. Durch Annahme dieses Angebotes käme dann der Abänderungsvertrag zustande.

Fraglich könnte nun sein, ob die Annahme stets ausdrücklich erklärt werden muß oder ob der Vertrag auch zustandekommen kann, wenn sich die Partei, der das Angebot unterbreitet worden ist, zu dieser Offerte nicht erklärt. Darf dieses Schweigen als Annahme des Angebotes aufgefaßt werden?

Zu bejahen wäre diese Frage, wenn der hier gegebene Fall jenen Ausnahmen zugerechnet werden könnte, in denen nach herrschender Meinung [1] das Schweigen auf ein Angebot als dessen Annahme angesehen werden kann. Um einen solchen Ausnahmefall annehmen zu können, müßten Umstände vorliegen, die den Schluß gestatten, der Schweigende würde sich nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrs- oder Handelssitte geäußert haben, wenn er nicht den entsprechenden Geschäftswillen gehabt hätte. Derartige Umstände sollen etwa vorliegen, wenn die in Betracht kommenden Parteien schon im Geschäftsverkehr miteinander stehen

---

1) BGHZ 1, 353 (355); Erman-Westermann Anm. 2 vor § 116; RGRK/Krüger-Nieland Anm. 8 vor § 116; Hefermehl in Soergel-Siebert Rdnr. 7 vor § 11 Lange, Allg. Teil, § 37 III 5 a (S. 232); ablehnend Flume Allg. Teil, II, § 35 II 4 (S. 658 ff).

Dabei soll es bereits genügen, daß ein Vertragsverhältnis zwischen ihnen besteht. [1] Indes ist diese Auffassung abzulehnen. Allein aus einem abgeschlossenen Vertrag kann nicht allgemein die Pflicht der Parteien abgeleitet werden, Angebote des Partners jeweils ausdrücklich abzulehnen. [2] Daher kann auch nicht generell für die Anpassungsklausel gesagt werden, daß das Schweigen auf ein Abänderungsangebot das Zustandekommen des Anpassungsvertrages zur Folge hat. Vielmehr müssen noch weitere Umstände hinzukommen, um eine ausdrückliche Ablehnung erwarten zu können. Letztlich ist es deshalb eine Frage des Einzelfalles, inwieweit das Schweigen auf eine konkrete Anpassungsofferte als Zustimmung gewertet werden kann.

2) Die Ansprüche aus der Anpassungsklausel

Daraus ergibt sich nun jedoch das weitere Problem, ob die Anpassungsklausel überhaupt klagbare Rechte gewährt und welche Ansprüche gegebenenfalls dem Anpassungswilligen zustehen, wenn der Vertragspartner eine Abänderung des Rechtsverhältnisses ablehnt.

a) Vorab ist dabei nochmals zu betonen, daß Ansprüche ohnehin nur dann gegeben sein können, wenn die Parteien in der Klausel eine gegenseitige Pflicht zur Anpassung vereinbart haben. Wollten die Partner sich erkennbar verpflichten, unter bestimmten Voraussetzungen den Vertrag abzuändern, so ist es gerechtfertigt, aus diesem Parteiwillen Ansprüche herzuleiten. Haben die Vertragsschließenden hingegen nur die Möglichkeit einer Anpassung vereinbart, [3] so sind daraus keine Rechte und Pflichten zu begründen; denn "Kannrechte" gehören in den Bereich pflichtfreien Handelns. [4] Zudem beachtet in diesem Falle jede Partei das gemeinsam Gewollte, gleichgültig, ob sie eine Anpassung bejaht oder ablehnt. Es wäre auch keineswegs zutreffend, diese vereinbarte Freiheit bei erheblichen Änderungen zu einer Pflicht erstarken zu lassen. Damit würde dem erklärten Parteiwillen zuwider gehandelt. Die Vertragspartner wollten nämlich mit ihrer Vereinbarung in erster Linie die rechtlichen Möglichkeiten für den Vertrag in Kraft lassen, die allgemein bei veränderten Umständen bestehen. Daneben

---

1) Lehmann-Hübner, Allg. Teil, § 30 III 1.
2) vgl. Palandt-Danckelmann § 133 Anm. 5.
3) Eine solche Klausel würde etwa lauten: "Ändern sich wesentliche Umstände, so können die Parteien den Vertrag entsprechend angleichen."
4) Zitelmann, Allg. Teil des BGB, S. 22; Seckel in Festschrift für Koch, S. 210; R. Schmidt, Die Obliegenheiten, S. 51.

sollte durch die Anpassungsklausel der Weg erschlossen werden, sich die vielleicht notwendig werdende richterliche Hilfe durch eine gemeinsame Anpassung zu ersparen. Eine solche Klausel hat daher nur eine deklaratorische Bedeutung, weil den Parteien auch ohne diese Abrede das Recht zustände (§ 305 BGB), ihren Vertrag selbst zu ändern.

b) An den Willen der Parteien ist auch anzuknüpfen, wenn gefragt wird, worauf der Erfüllungsanspruch, der sich aus der Anpassungsklausel ergibt, gerichtet ist.

Die Vertragspartner wollten durch die Anpassungsabrede unter anderem sicherstellen, daß eine Änderung des Vertragsinhaltes durch eine gemeinsame Übereinkunft vorgenommen werden soll. Diesem Willen würde es jedenfalls zuwiderlaufen, wenn im Falle einer verweigerten Anpassung durch eine Partei die andere befugt wäre, den Vertrag allein anzugleichen und dann den Anspruch auf die geänderte Leistung zu erheben. Hingegen würde dem erklärten Parteiwillen Rechnung getragen, wenn jedem Vertragsteil eine Pflicht auferlegt wird, bei einer tatbestandsmäßigen Änderung an dem Abschluß des Anpassungsvertrages mitzuwirken. Entsprechend dieser Pflicht richtet sich der Erfüllungsanspruch aus der Anpassungsklausel darauf, die Willenserklärung abzugeben, die zum Abschluß und Zustandekommen des jeweiligen Abänderungsvertrages erforderlich ist.

Damit ist jedoch nicht gesagt, daß dieser Anspruch allgemein jeder Partei zusteht. Insoweit sind vielmehr zwei Sachverhalte zu unterscheiden.

Begehrt jene Partei die Anpassung, die durch die veränderten Umstände benachteiligt und folglich durch eine Angleichung begünstigt wäre, so ist ihr das Recht einzuräumen, die Mitwirkung des Partners an dem Abänderungsvertrag fordern zu dürfen. Diesem Anspruch entspricht auf der Gegenseite die Verbindlichkeit, d.h. das Leistensollen der anderen Partei. Hier eine Verbindlichkeit anzunehmen, ist deshalb gerechtfertigt, weil die Parteien die Anpassungspflicht auch im Interesse desjenigen gewollt haben, der durch spätere Änderungen benachteiligt worden ist.

Andererseits fragt es sich, inwieweit auch dem Anpassungsschuldner, also demjenigen, der durch die Anpassung einen Nachteil erleiden würde, der Erfüllungsanspruch zusteht. Zwar wird der Schuldner in der Regel keinen Wert darauf legen, einen Anspruch geltend zu machen, dessen Verwirklichung ihm Nachteile brächte. Indes müßte dieser praktischen Überlegung zunächst die dogmatische Prüfung vorangehen, ob der Schuldner überhaupt Inhaber eines Anspruches ist. Diese Frage ist zu verneinen. Begründet werden kann die Ablehnung damit, daß der Begriff des Anspruches allgemein ein schutzwürdiges Interesse [1] des Anspruchsinhabers

1) Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht, § 1 IV 2 (S. 6).

oder zumindest doch ein Interesse schlechthin voraussetzt; [1] denn Verbindlichkeiten als Korrelate der Ansprüche sind dem Schuldner im Interesse des Gläubigers auferlegt, sie werden vom Schuldner im Interesse des Gläubigers erfüllt. [2] Dem entspricht es auch, daß überwiegend ein Anspruch nur dann bejaht wird, wenn die schuldhafte Verletzung der ihm korrespondierenden Verbindlichkeit wenigstens einen Schadensersatzanspruch des Gläubigers zur Folge hat. [3] Ein solcher Anspruch setzt aber ebenfalls ein Interesse voraus, dessen Verletzung einen Schaden verursacht. Solange daher der Schuldner durch eine Anpassung nur Nachteile erleiden müßte, fehlt ihm das Interesse, dessen Vorliegen den Erfüllungsanspruch gewähren würde.

Bestände allerdings im Einzelfall ein nachweisbares Interesse des Schuldners an einer Anpassung, so wäre der Erfüllungsanspruch zuzubilligen.

> Denkbar wäre etwa folgender Fall: Das Stahlwerk A bezieht den gesamten Stahl von dem Hüttenwerk B. In dem zugrunde liegenden Vertrag sind feste Preise vereinbart worden. Der Vertrag gilt jeweils für ein Jahr. Während der Laufzeit des Vertrages werden nun allgemein die Preise für eine bestimmte Stahlsorte erhöht, B schließt sich dieser Erhöhung nicht an. A möchte aber für den von ihm benötigten Stahl höhere Preise zahlen, weil er einerseits diese Erhöhung an seine Abnehmer weitergeben könnte, er hingegen andererseits durch diese Wertsteigerung eine Jahreseinkaufssumme erreichen würde, durch die er von B einen zusätzlichen Mengenrabatt verlangen könnte. - Hier hätte A in der Tat ein erhebliches Interesse daran, den Vertrag abzuändern. Ihm müßte daher der Erfüllungsanspruch zugestanden werden, auch wenn die Anpassung unmittelbar als Preiserhöhung für A nachteilig wäre.

Ein solches Interesse ist ebenfalls zu bejahen, wenn derjenige, der durch eine Anpassung begünstigt wäre, im Hinblick auf die eingetretenen Änderungen die Lei-

---

1) Zum Teil wird das Interesse als Merkmal des Anspruchsbegriffes verneint (Blomeyer, Allg. Schuldrecht, § 2 III 2, S. 11; s. auch Leonhard, Allg. Schuldrecht, § 20, S. 52). Dann müßte aber eine Klage an dem fehlenden Rechtsschutzbedürfnis scheitern, weil kein schutzwürdiges Interesse des Klägers bestände (Schönke, Das Rechtsschutzbedürfnis, S. 24 ff; a. M. wohl Pohle in Festschrift für Lent, S. 213 ff).

2) Reimer Schmidt, Die Obliegenheiten, S. 314; Heck, Schuldrecht, § 1, 1 und 2 (S. 1 f).

3) Reimer Schmidt, a. a. O., S. 36; Kress, Allg. Schuldrecht, § 1, 4 (S. 10); Planck-Siber Vorbem. III c 3 a (S. 25) vor § 241; Siber, Der Rechtszwang im Schuldverhältnis nach Deutschem Reichsrecht, S. 40.

stung aus dem bestehenden Vertrag verweigert und dazu auch durch das Ausmaß der Änderungen berechtigt ist.

> Während der Dauer eines langfristigen Liefervertrages tritt ein erheblicher Währungsverfall ein. Deshalb verweigert der Lieferant weitere Leistungen, ihm ist auch nicht an einer Anpassung des Vertrages gelegen. Der Abnehmer hingegen möchte gegen Zahlung höherer Preise weitere Lieferungen erhalten. - Hier ist anzunehmen, daß der Abnehmer den Erfüllungsanspruch aus der Anpassungsklausel geltend machen kann. -

Welche Möglichkeiten bestehen aber für den Vertragspartner, dem der Erfüllungsanspruch versagt wird? Wenn der Tatbestand der Anpassungsabrede erfüllt ist, kann der Vertragsteil, der durch die Anpassung benachteiligt wäre, von dem anderen eine Auskunft darüber begehren, ob eine Abänderung des Vertrages verlangt wird. Erklärt der Anpassungsgläubiger daraufhin, er wünsche keine Änderung des Vertrages, und trifft der Schuldner nun im Vertrauen auf diese Erklärung anderweitige Dispositionen, so kann er einer späteren Forderung des Gläubigers, jetzt doch den Vertrag wegen der betreffenden Änderung anzupassen, die exceptio doli entgegensetzen. Wer zunächst den Eindruck erweckt, den Abänderungsvertrag nicht schließen zu wollen, und dann doch den Vertragsabschluß verlangt, setzt sich mit seinem früheren Verhalten in Widerspruch. Damit verstößt er gegen Treu und Glauben. [1] Das gilt auch für den Fall, daß der Gläubiger zwar nicht ausdrücklich die Anpassung verneint, sich jedoch so verhalten hat, daß der Schuldner annehmen mußte und auch angenommen hat, der Gläubiger werde den Erfüllungsanspruch für diese Änderung nicht mehr erheben und wenn der Schuldner sich auf diesen Zustand einrichten durfte und auch eingerichtet hat. Bei einer solchen Sachlage ist der Erfüllungsanspruch des Gläubigers verwirkt. [2]

3) Die Ansprüche aus Verzug

Schließlich ist zu fragen, welche Ansprüche dem Inhaber des Erfüllungsanspruches zustehen, wenn der Vertragspartner den Abschluß eines Änderungsvertrages verweigert.

Soweit eine tatbestandsmäßige Änderung eingetreten und damit die Pflicht zur Anpassung fällig ist, kann der Anpassungsgläubiger seinem Partner ein konkretes Angebot zum Abschluß des notwendigen Abänderungsvertrages unterbreiten. Lehnt der Schuldner dieses Angebot ab, ohne das Vorliegen einer tatbestandsmäßigen

---

1) Staudinger-Weber § 242 Anm. D 247; Henrich, S. 214.

2) BAG NJW 1958,1988; Palandt-Danckelmann § 242 Anm. 9.

Änderung zu bestreiten und seinerseits eine Offerte zu übermitteln, oder reagiert er nicht auf das Angebot, kann er unter den Voraussetzungen der §§ 284, 285 BGB in Verzug geraten; denn er ist aus der Klausel verpflichtet, die Willenserklärung abzugeben, die zum Abschluß des jeweiligen Änderungsvertrages erforderlich ist. Der Gläubiger kann daher von ihm verlangen, das Angebot anzunehmen und damit die Willenserklärung abzugeben, durch die der Abänderungsvertrag zustande kommt. Gerät der Schuldner mit dieser Verpflichtung in Verzug, kann der Gläubiger gemäß § 286 BGB den Ersatz des Verzugsschadens verlangen.

Stehen dem Gläubiger aber außerdem noch die Rechte aus § 326 BGB zu? Soweit es darum geht, diese Rechte lediglich insofern geltend zu machen, als die Anpassungsklausel betroffen ist, kann die Frage bejaht werden. Sind die Voraussetzungen des § 326 BGB durch das Verhalten des Anpassungsunwilligen erfüllt, kann der Gläubiger die Ansprüche erheben, die sich aus dieser Vorschrift ergeben. Er kann also Schadensersatz wegen Nichterfüllung der Anpassungspflicht begehren. Weiterhin könnte er von der Klausel zurücktreten und nunmehr - je nach Beschaffenheit und Wirkung der eingetretenen Änderung - eine ergänzende Vertragsauslegung oder eine Anpassung als Folge des Wegfalls der Geschäftsgrundlage auf dem prozessualen Wege herbeiführen.

Indes wird dem Gläubiger meistens daran gelegen sein, die Rechtsbehelfe aus § 326 BGB auf den gesamten Vertrag anwenden zu können, wenn der Partner die Pflichten aus der Anpassungsabrede schuldhaft verletzt. Dieses Verfahren würde allerdings voraussetzen, daß die Pflicht des Schuldners aus der Klausel als eine Hauptpflicht im Rahmen des Vertrages bezeichnet werden könnte. Nur auf solche Pflichten beziehen sich die Rechte aus § 326 BGB. Als eine derartige Hauptpflicht kann eine vertraglich begründete Pflicht angesehen werden, wenn ihr nach dem erkennbaren Willen der Parteien eine wesentliche Bedeutung beigelegt worden ist, so daß ohne ihre Erfüllung der ganze Vertrag als nicht gewollt gilt. [1] In der Regel wird diese Vorbedingung im Falle der Klausel gegeben sein, weil Anpassungsabreden hauptsächlich in Verträgen vereinbart werden, deren Geltungsdauer sich über einen längeren Zeitraum erstreckt, und die Parteien das damit verbundene Risiko einer nachteiligen Interessenverschiebung ohne die Möglichkeit einer jeweiligen Änderung auf Grund der Klausel nicht eingegangen wären. Infolgedessen stehen dem Gläubiger auch die Rechte aus § 326 BGB hinsichtlich des Vertrages zu, wenn der Schuldner mit der Erfüllung der Anpassungspflicht in Verzug gerät und die übrigen Voraussetzungen der Vorschrift erfüllt sind, es sei denn, daß die Pflichten aus der Anpassungsklausel im Einzelfall nicht als Hauptpflichten angesehen werden können.

---

1) R. Schmidt in Soergel-Siebert § 326 Anm. 5 und RGRK-Wilde § 326 Anm. 6.

4) Die Ansprüche aus einer Erfüllungsverweigerung

Im übrigen kann der Gläubiger auch von der Klausel und - da die Anpassungspflicht zumindest auch eine Nebenpflicht im Rahmen des Vertrages ist - vom Vertrage zurücktreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, wenn der Schuldner ernstlich, endgültig und unberechtigt erklärt, den Abänderungsvertrag nicht schließen zu wollen. [1] Einer Verzugs- und Nachfristsetzung bedarf es insoweit nicht. Für das Ergebnis ist es dabei auch ohne Bedeutung, ob diese Rechte als Anwendungsfall der positiven Vertragsverletzung [2] angesehen oder aus der verbindlichen Erklärung des Schuldners, nicht zu wollen, hergeleitet werden. [3]

Hat eine Partei vor Fälligkeit der Anpassungspflicht oder zwar nach der Fälligkeit, aber bevor der Partner daraus Rechte geltend macht, die Erfüllung der Klausel ernsthaft verweigert, so bleibt es ihr jedoch unbenommen, zur Vertragstreue zurückzukehren, solange der andere Teil aus dem Verhalten des Schuldners noch keine rechtlichen Folgerungen gezogen hat. [4]

Überhaupt kann sich auf die Rechte, die aus einer Erfüllungsverweigerung folgen, nur berufen, wer selbst vertragstreu gehandelt hat. [5] Dieser Grundsatz gilt aber nicht ausnahmslos. In Fällen, in denen zwischen den Parteien eine längere und vertrauensvolle Zusammenarbeit auf Grund des Vertrages erforderlich ist, können die vertraglichen Beziehungen auch bei beiderseitigem Verschulden gelöst werden, wenn die notwendige Vertrauensbasis durch die Weigerung zerstört worden ist. [6]

5) Die Ansprüche auf Schadensersatz

a) Der Gläubiger kann auch Schadensersatzansprüche geltend machen, wenn der Schuldner sich verpflichtet hat, bei dem Eintritt einer bestimmten Änderung einer bestimmten Anpassung zuzustimmen, obgleich er wußte, daß er außerstande

---

1) RG JW 1936, 2391; BGH NJW 1958, 177; Larenz, Schuldrecht, I. Bd., § 23 I a (S. 279 Fußn. 3).

2) BGH NJW 1958, 1531; Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht, § 55 I 5 (S. 235); RGRK-Wilde Anhang zu § 326 Anm. 9.

3) Blomeyer, Allg. Schuldrecht, § 30 II 2 b (S. 162 f); Esser, Schuldrecht, § 79, 5 (S. 345).

4) RGRK-Wilde a. a. O.

5) RGZ 152, 119 (123); Staudinger-Weber § 242 Anm. B 424.

6) RG JW 1938, 1392; BGH NJW 1958, 1531; Henrich, S. 197.

sein würde, die geänderte Leistung zu erbringen. Wird hier die Anpassungspflicht fällig und stellt sich dann heraus, daß ein anfängliches Unvermögen des Schuldners vorliegt, ist der Gläubiger berechtigt, den Ersatz des ihm dadurch entstandenen Schadens zu verlangen. [1]

Weiterhin kann der Gläubiger auch in einem anderen Falle Schadensersatz wegen Nichterfüllung aus dem Gesichtspunkt des anfänglichen Unvermögens fordern; [2] so etwa dann, wenn der Abschluß eines wirksamen Abänderungsvertrages aus einem Grunde verhindert wird, den der Anpassungsschuldner zu vertreten hat.

> Denkbar wäre folgender Sachverhalt: Das Chemiewerk A und der Ölkonzern B schließen einen Vertrag mit einer Laufzeit von 15 Jahren. Danach soll B jährlich 2 Mill. to Rohöl aus dem Vorderen Orient liefern. Die Parteien nehmen eine Anpassungsklausel auf, wobei sie sich darüber einig sind, daß diese Abrede vor allem sicherstellen soll, die Lieferungsverpflichtung auch dann aufrechterhalten zu können, wenn einmal durch politische Wirren im Vorderen Orient von dort keine Lieferungen mehr durchführbar sind. In einem solchen Fall soll der Vertrag dahin abgeändert werden, daß B amerikanisches Rohöl zu liefern habe. Nur dem B ist dabei bekannt, daß Verträge über die Ausfuhr amerikanischen Rohöls einer staatlichen Genehmigung bedürfen. Er unterläßt es aber, A davon zu unterrichten oder einen entsprechenden Vorbehalt in den Vertrag aufzunehmen. - Nach einiger Zeit wird es notwendig, den beabsichtigten Änderungsvertrag zu schließen. Die Ausfuhrgenehmigung für das amerikanische Öl wird jedoch verweigert.

Hier kann der Lieferant seine abgeänderte Verpflichtung von Anfang an nicht erfüllen. Die Verweigerung der Genehmigung hat weiterhin zur Folge, daß der Anpassungsvertrag, der die Leistungsverpflichtung des Lieferanten umgestalten sollte, unwirksam ist. Da dem Lieferanten aber bekannt war, daß ein Vertrag über die Ausfuhr amerikanischen Rohöls der staatlichen Genehmigung bedurfte, um wirksam zu sein, er jedoch seine entsprechende Anpassungspflicht unbedingt eingegangen ist, haftet er dem Abnehmer wegen anfänglichen Unvermögens zur Erfüllung der Anpassungsklausel auf Schadensersatz.

b) Außerdem steht dem Gläubiger ein Schadensersatzanspruch zu, wenn vor Abschluß des Anpassungsvertrages ein Ereignis eintritt, durch das die Leistung,

---

1) Auf den Meinungsstreit, welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, um den Schuldner wegen anfänglichen Unvermögens auf das Erfüllungsinteresse haften zu lassen, soll hier nicht eingegangen werden.

2) vgl. dazu auch die Überlegungen, die Henrich S. 203, zum Vorvertrag anstellt.

wie sie nach einer Änderung erbracht werden müßte, unmöglich wird, und der Schuldner dieses Ereignis zu vertreten hat. [1)]

> Die Bauunternehmung A schließt mit B einen Vertrag, nach dem B sämtliche Baustahlmatten zu liefern hat, die A für den Bau von Autobahnen benötigt. Es handelt sich um die Einheitsmatte A 3. Voraussetzung für den Abschluß des Vertrages war, daß B imstande war, auch andere Matten herzustellen. - Nach einiger Zeit ändert das Bundesverkehrsministerium die technischen Richtlinien für den Bau von Autobahnen. Nunmehr ist es erforderlich, die Matte R 7 zu verwenden. A verlangt eine entsprechende Abänderung des Vertrages. B ist jedoch außerstande, diese Matte zu liefern, weil in der Zwischenzeit durch ein grob fahrlässiges Verhalten seiner Beschäftigten jene Kathoden der Maschinen unbrauchbar geworden sind, die bei einer Umstellung auf die neue Mattenstärke benötigt würden.
> Eine Reparatur ist ausgeschlossen.

Ist der Schuldner nicht in der Lage, die Leistung zu erbringen, zu der er nach einer Anpassung des Vertrages verpflichtet wäre, so wird damit nicht ohne weiteres auch die Pflicht zum Abschluß des Abänderungsvertrages unmöglich. Vielmehr muß insoweit folgendermaßen unterschieden werden. Wäre die Anpassung des Vertrages nur in einer bestimmten Weise denkbar, die derart neu festzusetzende Leistung aber schon vor Abschluß des Anpassungsvertrages objektiv unmöglich, so müßte angenommen werden, daß dadurch auch die Erfüllung der Klausel unmöglich geworden ist; denn die Anpassungsabrede verpflichtet nur zum Abschluß eines wirksamen Abänderungsvertrages. Hier wäre aber der Abänderungsvertrag nach § 306 BGB nicht wirksam, weil die geltende Leistung in eine objektiv unmögliche umgestaltet werden soll. Diese objektive und ursprüngliche Unmöglichkeit jedes Abschlusses des Abänderungsvertrages hat deshalb insoweit die objektive und nachträgliche Unmöglichkeit der Leistung aus der Anpassungsklausel zur Folge. Sofern daher der Schuldner das Ereignis zu vertreten hat, auf Grund dessen die Unmöglichkeit eingetreten ist, haftet er nach § 325 BGB.

Liegt hingegen keine objektive Unmöglichkeit vor, sondern nur ein Unvermögen des Schuldners, die geänderte Leistung zu erbringen, so greift § 306 BGB nicht ein. Die Anpassungsklausel und der abzuschließende Abänderungsvertrag sind wirksam. Allerdings folgt daraus nicht, daß der Schuldner verpflichtet wäre, einen Abänderungsvertrag zu schließen, obgleich er außerstande wäre, die dadurch festgesetzte Leistung zu erbringen. Auch hier ist deshalb der Schuldner nicht zu einer Anpassung zu zwingen. Falls er jedoch das Ereignis zu vertreten hat, durch das er nicht in der Lage ist, die Leistung in der Form zu erbringen,

---

1) vgl. auch die Ausführungen Henrichs, S. 204, zum Vorvertrag.

wie sie durch die Anpassung zu bestimmen wäre, haftet er dafür ebenfalls nach § 325 BGB. [1]

c) Letztlich könnten sich Schadensersatzansprüche noch aus dem Gesichtspunkt der positiven Vertragsverletzung ergeben.

> A hat B Räume zum Betriebe einer Milchbar vermietet. Nach geraumer Zeit ändert sich der Geschmack des Publikums, so daß die Einnahmen erheblich zurückgehen. Da die vermutlichen Einnahmen Maßstab für die Berechnung und Festlegung des Mietzinses waren, verlangt B nun auf Grund der Anpassungsklausel, den Vertrag der Entwicklung dadurch anzugleichen, daß er berechtigt ist, auch alkoholische Getränke zu verkaufen. Bevor eine solche Anpassung zustandekommt, überläßt A dem C im selben Hause Räume zu dem Zweck, darin eine Gastwirtschaft zu betreiben.

Eigentlich hat der Anpassungsschuldner in diesem Falle nur solche Pflichten verletzt, die nach einer Anpassung bestanden hätten. Dann wäre es dem A untersagt gewesen, der Gastwirtschaft des B durch die Gastwirtschaft des C im selben Hause Konkurrenz machen zu lassen. Indes sind diese Pflichten bereits dann als wirksam anzusehen, wenn dem Anpassungsschuldner das konkretisierte Anpassungsbegehren seines Partners bekannt ist. Von diesem Zeitpunkt an hat sich der Schuldner so zu verhalten, daß der mit der Abänderung bezweckte wirtschaftliche Erfolg nicht gefährdet wird. [2] Kommt er dieser Pflicht nicht nach, so kann der Partner den Ersatz des Schadens verlangen, der ihm durch die Pflichtverletzung entstanden ist. [3]

6. Der Umfang des Schadensersatzes

Verlangt nun der Gläubiger aus einem der vorgenannten Gründe Schadensersatz wegen Nichterfüllung, kann die Frage nach dem Umfang des zu leistenden Schadensersatzes Schwierigkeiten bereiten.
Wenn sich die Pflicht zum Schadensersatz aus einem Vertrag ergibt, ist der Gläubiger so zu stellen, wie er bei ordnungsgemäßer Leistung gestanden hätte. [4] Hier

---

1) vgl. das Beispiel auf S. 60.
2) So für den Vorvertrag Henrich, S. 205.
3) Sofern es dem Geschädigten auf Grund der Pflichtverletzung unter Berücksichtigung aller Umstände nach Treu und Glauben nicht mehr zumutbar ist, den Abänderungsvertrag zu schließen, ist er auch berechtigt, vom Vertrage zurückzutreten.
4) R. Schmidt in Soergel-Siebert § 326 Rdnr. 31; Pieper in JuS 1962, 410.

besteht die Leistung in dem Abschluß des Abänderungsvertrages. Folglich ist das Interesse des Anpassungsgläubigers am Abschluß dieses Vertrages maßgeblich. Fraglich ist nun jedoch, ob dieses Interesse mit dem Interesse gleichgesetzt werden kann, daß an der Erfüllung des abgeänderten Vertrages besteht. [1] Könnte der Lieferant beispielsweise sofort den Ersatz des Schadens verlangen, den er dadurch erlitten hat, daß der Partner eine berechtigte Erhöhung des Preises ablehnt?

Auszugehen ist davon, daß einerseits der Anspruch aus der Klausel lediglich auf den Abschluß des Abänderungsvertrages gerichtet ist, während andererseits die geänderte Leistung erst nach einer wirksamen Anpassung des Vertrages verlangt werden kann. Sobald die Anpassung vollzogen ist, stehen dem Gläubiger alle Rechte zu, die bei einer Nicht- oder Schlechterfüllung des geänderten Vertrages geltend gemacht werden können. Erbringt der Schuldner dann nicht die erhöhte Leistung, kann der Gläubiger ihn in Verzug setzen oder die anderen bestehenden Rechte nutzen. Würde nun das Interesse an dem Abschluß des Abänderungsvertrages geringer bewertet als das Interesse an der Erfüllung des geänderten Vertrages, so wäre der Anpassungsgläubiger gezwungen, in jedem Falle zunächst auf die Erfüllung der Anpassungsabrede zu klagen und erst dann nach einer vollzogenen Anpassung Schadensersatzansprüche zu erheben. Da jedoch gewiß ist, daß der Schaden des Gläubigers in dem Nichterhalt der geänderten Leistung besteht, der Schuldner also das Interesse an der Erfüllung des geänderten Vertrages zu ersetzen hat, sollte der Gläubiger diesen Schaden unmittelbar ersetzt verlangen können, ohne daß eine Klage auf Abschluß des Anpassungsvertrages vorauszugehen hat. Ein solches Verfahren erscheint zumindest aus prozeßökonomischen Gründen angebracht und geboten zu sein. Infolgedessen kann abschließend gesagt werden, daß das Interesse an dem Abschluß des Abänderungsvertrages dem Interesse an der Erfüllung des geänderten Vertrages entspricht. [2]

7) Die Befreiung von der Anpassungspflicht

Der Anspruch auf Abschluß des Abänderungsvertrages kann aus der Anpassungsklausel nicht geltend gemacht werden, wenn er nicht wirksam entstanden oder aber später weggefallen ist.

---

1) Zum folgenden vgl. auch die Ausführungen Henrichs, S. 215, zu dem ähnlichen Problem bei dem Vorvertrag.

2) Zu dieser Frage bei dem Vorvertrag vgl. Henrich, S. 215 f; Greulich in Der Betrieb 1955,90; auch Baur in JZ 1961,335.

a) So kann der Anspruch nicht entstanden sein, weil die Anpassungsabrede nichtig ist. Obgleich ein solcher Fall selten vorkommen wird, fragt es sich doch, welche Folgen die Nichtigkeit der Klausel hätte. Wäre damit der gesamte Vertrag nichtig (§ 139 BGB)? Oder könnte angenommen werden, daß die Parteien den Vertrag auch ohne die Klausel geschlossen hätten? Die praktische Bedeutung dieser Fragen sei an dem schon mehrfach erwähnten PKW-Export-Fall aufgezeigt. [1] Stellt sich hier nach fünf Jahren heraus, daß die Klausel nichtig ist, und ist deshalb auch der Vertrag nichtig, so könnte der plötzliche Fortfall der Absatzmöglichkeit den wirtschaftlichen Zusammenbruch des Lieferanten verursachen. Andererseits wäre es aber lebensfremd anzunehmen, daß die Parteien den Vertrag ohne die Klausel geschlossen hätten. Infolgedessen müßte gesagt werden daß unabhängig von den wirtschaftlichen Folgen der Gesamtvertrag nichtig sei. Ein solches Ergebnis wäre aber nicht interessengemäß und unbefriedigend. Es kann einmal dadurch vermieden werden, daß die Parteien - was in diesen Fällen regelmäßig geschieht - ausdrücklich vereinbaren, bei Unwirksamkeit einzelner Bestimmungen sollten die übrigen Klauseln gültig bleiben. Aber auch wenn eine derartige Vereinbarung fehlt, kann zumindest in den Fällen, bei denen die Berufung auf die Nichtigkeit des Vertrages durch eine Partei den wirtschaftlichen Zusammenbruch oder erhebliche wirtschaftliche Nachteile für den Partner zur Folge hätte, dieses Ergebnis vermieden werden. Als Weg dorthin bietet es sich an, die Berufung auf die Nichtigkeit nach dem Grundsatz von Treu und Glauben auszuschließen. Allerdings ist diese Möglichkeit nicht uneingeschränkt anwendbar, sie hängt vielmehr von dem Grund der Nichtigkeit ab. Während es beispielsweise anerkannt ist, daß in Fällen der Formnichtigkeit (§ 125 BGB) das Geschäft so behandelt werden kann, als ob es gültig wäre, wenn andernfalls völlig untragbare Ergebnisse erzielt würden, [2] versagt die Berufung auf Treu und Glauben etwa gegenüber der Sittenwidrigkeit. [3] Ausschlaggebend ist damit letztlich immer der Grund der Nichtigkeit.

Ist hingegen nur die Anpassungsklausel nichtig, der übrige Vertrag aber wirksam, besteht regelmäßig kein Bedürfnis, die Geltendmachung dieser Nichtigkeit auszuschließen; denn hier kann bei schwerwiegenden Fällen versucht werden, den Vertrag im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung oder der Anpassung als Folge des Fortfalls von Vertrauensumständen der veränderten Situation anzugleichen. Allein die dann noch verbleibenden Änderungen im Rahmen des Vertragsrisikos rechtfertigen es nicht, die Berufung auf die Nichtigkeit auszuschließen.

---

1) vgl. S. 35.

2) BGHZ 12, 286 (304); Erman-Westermann § 125 Anm. 5; Staudinger-Weber § 242 Anm. D 443; RGRK/Krüger-Nieland § 125 Anm. 8.

3) RGZ 162, 323 (329); Erman-Westermann a. a. O.

b) Sofern der Vertrag wegen anfänglicher objektiver Unmöglichkeit nichtig ist (§ 306 BGB), wird davon auch die Anpassungsklausel erfaßt. Eine Notwendigkeit, hier die gesetzliche Regelung nicht anzuwenden, besteht nicht.

c) Die Verpflichtung zum Abschluß des Abänderungsvertrages kann auch noch später während der Abwicklung des Vertrages entfallen.

So wäre es zunächst denkbar, daß die Parteien gemeinsam die Anpassungsklausel aufheben. Ferner würde etwa eine wirksame Anfechtung der Klausel die Anpassungspflichten beseitigen.

Weiterhin entfallen die Leistungspflichten aus der Klausel, wenn zur Wirksamkeit des Abänderungsvertrages die Zustimmung eines Dritten oder die Genehmigung einer Behörde erforderlich ist, diese aber verweigert wird. [1]

Desgleichen werden die Parteien von der Pflicht aus der Anpassungsabrede befreit, wenn die Leistung, die nach der Anpassung erbracht werden soll, vor Abschluß des Abänderungsvertrages unmöglich wird. An anderer Stelle wurde bereits gesagt, daß die ursprüngliche objektive Unmöglichkeit des Abänderungsvertrages die nachträgliche objektive Unmöglichkeit der Klausel zur Folge hat. [2] Falls der Schuldner die Unmöglichkeit nicht zu vertreten hat, wird er gemäß § 275 BGB von seiner Leistungspflicht frei. Das gilt ebenso für jene Fälle, bei denen dem Schuldner die neue Leistung subjektiv unmöglich wäre. Auch dann wird er nach § 275 BGB von seiner Pflicht aus der Anpassungsklausel befreit, sofern er das Ereignis, auf Grund dessen sein Unvermögen eingetreten ist, nicht zu vertreten hat.

> Zur Erläuterung sei auf den Pkw-Export-Fall hingewiesen. [3] Wenn der Abnehmer nunmehr Omnibusse produziert und von dem Lieferanten verlangt, die dafür benötigten Sitze zu liefern, dieser aber von Anfang an außerstande ist, solche Sitztypen anzufertigen, wird er von der Anpassungspflicht befreit. -

Schließlich können die Pflichten aus der Anpassungsklausel noch dadurch entfallen, daß eine Partei wirksam von dem Vertrage oder der Klausel zurücktritt. Soweit der Rücktritt vom Vertrage erklärt wird, erlöschen damit auch die Pflichten aus der Klausel.

Ein Rücktrittsrecht hinsichtlich der Anpassungsklausel kann aus verschiedenen Gründen gegeben sein. So kann ein solches Recht einer Partei zustehen, wenn

---

1) vgl. S. 59.
2) vgl. S. 60.
3) vgl. S. 35.

der Partner mit dem Abschluß des Anpassungsvertrages in Verzug gerät [1] oder aber den Abschluß ernstlich, endgültig und unberechtigt verweigert. [2] Außerdem kann eine Partei in Fällen zurücktreten, in denen es dem Anpassungsschuldner vor Abschluß des Abänderungsvertrages in schuldhafter Weise unmöglich geworden ist, die Leistung, wie sie sich nach der Anpassung darstellen würde, zu erbringen (§ 325 BGB). [3] Letztlich können Rücktrittsrechte noch aus einer positiven Vertragsverletzung folgen. [4]

In der Regel wird der Gläubiger in diesen Fällen nicht nur von den Pflichten aus der Anpassungsklausel befreit sein wollen, sondern bestrebt sein, den Rücktritt auf den ganzen Vertrag auszudehnen. Dazu wird er auch häufig berechtigt sein, wobei er sich, da die Anpassungspflicht meistens eine Hauptpflicht im Rahmen des Vertrages ist, auf § 326 BGB oder gegebenenfalls auf eine positive Vertragsverletzung berufen kann. Zudem können die Parteien vom Vertrage zurücktreten, wenn eine Änderung vorliegt, durch die der Vertrag sinnlos geworden oder ein notwendig gegebener Zweck entfallen ist. [5]

IV. PROZESSUALE FRAGEN

Welche prozessualen Mittel den Parteien zur Verfügung stehen, hängt zunächst davon ab, ob die Parteien eine Pflicht zur Anpassung vereinbart oder nur die Möglichkeit einer gemeinsamen Anpassung eröffnet haben.

1) Die Klagemöglichkeiten bei fehlender Anpassungspflicht

Soweit festgelegt worden ist, daß der Vertrag auch durch eine Übereinkunft der Parteien angeglichen werden kann, ergibt sich daraus mangels entsprechender Ansprüche keine Klagebefugnis. [6] Der Kläger darf deshalb nicht beantragen, den Beklagten zur Abgabe jener Willenserklärung zu verurteilen, die zum Abschluß des Anpassungsvertrages erforderlich ist; denn die hier vorausgesetzte Klausel be-

---

1) vgl. S. 56 f.
2) vgl. S. 58.
3) vgl. S. 60 f.
4) vgl. S. 61 f.
5) vgl. S. 33 f.
6) vgl. S. 53.

sagt lediglich, daß eine Anpassung erfolgen k a n n, nicht aber, daß die Parteien verpflichtet sind, die zum Abschluß eines Änderungsvertrages notwendigen Willenserklärungen abzugeben. Treten Änderungen ein, die eine Anpassung des Vertrages erforderlich werden lassen, kann daher nicht aus der Klausel vorgegangen werden. Vielmehr gelten dann die allgemeinen Grundsätze, die für die Anpassung von Verträgen an veränderte Umstände entwickelt worden sind. [1] Danach ist der Richter zwar nicht berechtigt, dem Kläger etwa seinerseits einen Ausgleichsanspruch zuzuerkennen, wenn ein solcher Antrag nicht gestellt worden ist. In der Regel wird der Kläger jedoch einen entsprechenden Antrag - notfalls als Hilfsantrag - stellen. Berücksichtigt er aber ausnahmsweise nicht die veränderten Umstände und ihre Auswirkungen auf den Vertrag bei seinem Klagebegehren, so ist der Richter gemäß § 139 Abs. 1 ZPO verpflichtet, zweckdienliche Anträge zu veranlassen. [2] Kommt der Kläger dann diesen Anregungen nicht nach, ist die Klage - je nach den Umständen des einzelnen Falles - als ganz oder teilweise unbegründet abzuweisen.

Da somit im Streitfalle stets auf die allgemeinen Regeln zurückzugreifen ist, die für die Anpassung von Verträgen gelten, sind Klauseln, in denen keine Pflicht zur Anpassung vereinbart worden ist, ohne Bedeutung.

2) Die Klagemöglichkeiten bei vereinbarter Anpassungspflicht

a) Bei einer vereinbarten Anpassungspflicht kann dagegen eine Partei berechtigt sein, den Erfüllungsanspruch geltend zu machen. Sie kann also von ihrem Partner verlangen, die zum Abschluß des Anpassungsvertrages erforderliche Willenserklärung abzugeben. Weigert sich der Anpassungsschuldner, seiner Verpflichtung nachzukommen, kann ihn der Gläubiger auf Grund der Anpassungsklausel auf die Abgabe der Willenserklärung verklagen, die zum Abschluß des Änderungsvertrages erforderlich ist. Die Partei, die eine Mitwirkung ablehnt, wird dann gegebenenfalls zur Abgabe der geschuldeten Willenserklärung verurteilt. Sobald dieses Urteil Rechtskraft erlangt, gilt die Erklärung nach der Fiktion des § 894 ZPO als abgegeben. Das bedeutet jedoch nicht, daß der Kläger nunmehr noch die fingierte Erklärung annehmen muß, um den Anpassungsvertrag abschließen

---

1) vgl. Brox, Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung, S. 129; auch Esser in JZ 1958,114; Nipperdey, Vertragstreue und Nichtzumutbarkeit der Leistung, S. 44 f.

2) vgl. dazu Brox, a. a. O.

zu können. Vielmehr ist die Willenserklärung der klagenden Partei bereits im Klageantrag enthalten, so daß der Abänderungsvertrag mit Rechtskraft des Urteils zustande kommt.

Dem Anpassungsgläubiger wird es jedoch meistens weniger darum gehen, ausdrücklich einen Abänderungsvertrag zu schließen, sein Interesse wird vielmehr regelmäßig darauf gerichtet sein, eine höhere Leistung von seinem Vertragspartner zu erhalten. Könnte diesem Interesse des Gläubigers nun nicht dadurch entsprochen werden, daß nicht erst auf Mitwirkung beim Vertragsabschluß, sondern sofort auf die Erbringung der geänderten Leistung geklagt werden darf? Bejaht werden könnte diese Frage, wenn in dem Leistungsanspruch der Anspruch auf den Abschluß des Anpassungsvertrages "von selbst" mit enthalten wäre. Nipperdey vertritt diese Ansicht beispielsweise für die Fälle des Kontrahierungszwanges; bei ihnen soll der Leistungsanspruch aus dem künftigen Vertrage den Anspruch auf Vertragsschluß enthalten. [1] Ähnliche Überlegungen stellt auch Larenz bei der Wandlung an. Danach soll in der Klage auf Rückzahlung des Preises "sinngemäß" das Begehren nach Vollziehung der Wandlung, d. h. nach dem Abschluß des Wandlungsvertrages, liegen. [2] Das Urteil enthalte deshalb selbst dann, wenn es ausdrücklich nur die Verurteilung zur Rückzahlung ausspreche, zugleich die stillschweigende Vollziehung der Wandlung im Wege richterlicher Gestaltung. Auf die hier gegebene Sachlage übertragen, wäre nach Larenz also festzustellen, daß die Verurteilung zu einer geänderten Leistung stillschweigend den Abschluß des Anpassungsvertrages enthielte, der Gläubiger demnach nur auf die Leistung zu klagen brauchte.

Indes wird dieser Ansicht zu Recht entgegengehalten, daß der Richter gestaltende Tätigkeit - auch wenn es sich lediglich um eine Gestaltungswirkung des Urteils handelt - nur in den Formen entwickeln darf, die ihm vom Gesetz vorgezeichnet sind. Soll daher das Urteil zugleich eine Willenserklärung ersetzen, so muß der Beklagte ausdrücklich zur Abgabe dieser Erklärung verurteilt werden, eine dahingehende stillschweigende Verurteilung ist im Gesetz nicht vorgesehen und deshalb unzulässig. [3]

Gegen dieses Ergebnis kann nicht geltend gemacht werden, es widerspräche der in anderem Zusammenhang [4] dargelegten Meinung, der Gläubiger könne sofor auf Ersatz des Interesses klagen, das er an der Erfüllung des abgeänderten Vertrages hat. Zwischen beiden Fällen besteht ein wesentlicher Unterschied. Hier

---

1) Nipperdey, Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag, S. 118.

2) Larenz, Schuldrecht, I. Bd., § 8 I a (S. 84);
Schuldrecht, II. Bd., § 37 II a (S. 46 f.).

3) BGHZ 29, 148 (152); Henrich, S. 188.

4) vgl. S. 62 f.

darf der Richter nicht unmittelbar zur Leistung aus dem angepaßten Vertrag verurteilen, weil damit zugleich eine stillschweigende Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung ausgesprochen wäre, eine solche Verurteilung aber einer gesetzlichen Grundlage entbehrt; bei einer Schadensberechnung kann der Richter hingegen auch zukünftige Entwicklungen und Umstände berücksichtigen. Zudem ist er insoweit an keine bestimmte gesetzliche Form gebunden (vgl. auch § 287 ZPO). [1]

Somit ist es erforderlich, daß der Anpassungsgläubiger auf die Abgabe der Willenserklärung, nicht aber unmittelbar auf die geänderte Leistung zu klagen hat. Jedoch bedeutet dies nicht, daß der Gläubiger nunmehr bis zur Rechtskraft des auf seine Klage ergangenen Urteils warten muß, bevor er eine eventuell notwendig werdende weitere Klage auf die angeglichene Leistung erheben kann. Vielmehr ist ihm die Möglichkeit zu gewähren, seine Klage auf die angepaßte Leistung mit der vorausgehenden Klage auf Mitwirkung beim Vertragsabschluß zu verbinden. [2] Dabei gilt dann die Klage auf die Leistung nur für den Fall erhoben, daß dem voranstehenden Klageantrag stattgegeben wird. [3] Infolgedessen läge hier eine eventuelle Klagenverbindung vor. [4] Allerdings unterscheidet sich die eventuelle Klagenverbindung in ihrer üblichen Form von der hier bestehenden Sachlage; denn während sonst meistens ein Hilfsanspruch für den Fall geltend gemacht wird, daß dem Hauptanspruch n i c h t stattgegeben wird, ist jetzt gerade die Verurteilung gemäß dem Hauptantrag Voraussetzung für die erfolgreiche Klage aus dem Eventualanspruch. Gegen diese Art der Klagenhäufung bestehen jedoch keine Bedenken. Ihre Zulässigkeit ist, zum Teil unter der Bezeichnung "uneigentliche Eventualhäufung", [5] anerkannt. [6] Einschränkend wird allerdings gelegentlich gesagt, die Klagenverbindung sei nur dann zulässig, wenn für den zweiten Antrag die Voraussetzungen des § 259 ZPO vorlägen. [7] Indes kann dieser Ansicht nicht gefolgt werden. Zwar mag die Besorgnis, daß sich der Schuldner der rechtzeitigen Lei-

---

1) Henrich, S. 216.

2) Diese Ansicht vertritt Oertmann § 465 Anm. 1 e auch im Zusammenhang mit der Wandlung.

3) Eine solche Klagenverbindung wird auch für die Abschlußpflicht aus einem Vorvertrag angenommen (Henrich, S. 187; Staudinger-Werner § 313 Anm. A I 1). Auch Nipperdey, Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag, S. 118, erwägt sie für die aus einem Kontrahierungszwang folgende Abschlußpflicht.

4) Rosenberg, Zivilprozeßrecht, § 93 II 3 (S. 459).

5) Stein-Jonas-Schönke-Pohle § 260 Anm. II B 3.

6) RGZ 144, 71 (73); Rosenberg a. a. O.; Blomeyer, Zivilprozeßrecht, § 42 II 2 b (S. 216).

7) vgl. Stein-Jonas-Schönke-Pohle a. a. O.

stung entziehen werde, in vielen Fällen Anlaß zu der Klagenverbindung geben. Trotzdem ist sie aber kein Erfordernis für die Zulässigkeit dieses prozessualen Vorgehens. [1] Die Verbindung der beiden Anträge ist vielmehr ohne eine solche Voraussetzung als Stufenklage zuzulassen. [2]

Demzufolge kann auch hier angenommen werden, daß der Anpassungsgläubiger seine Klage auf Mitwirkung an dem Abschluß des Anpassungsvertrages mit der Klage auf die veränderte Leistung verbinden kann. Eine solche Möglichkeit ist sowohl durch das Interesse des Gläubigers als aus Gründen der Prozeßökonomie geboten. [3]

Hervorzuheben ist allerdings, daß bislang stets von der Voraussetzung ausgegangen worden ist, der Gläubiger begehre die Anpassung, während der Schuldner der ursprünglichen Leistung diese weiterhin erbringe und nur eine Anpassung ablehne. Wie ist es aber nun, wenn diese Voraussetzung nicht gegeben ist?

> Während der Dauer eines langfristigen Liefervertrages tritt ein erheblicher Währungsverfall ein. Der Lieferant stellt deshalb seine Lieferungen ein, das Ausmaß der Änderungen berechtigt inn auch dazu. An einer Anpassung ist der Lieferant nicht interessiert. Der Abnehmer möchte aber die Lieferungen weiterhin erhalten. Er ist bereit, einen höheren und angemessenen Preis zu zahlen.

Hier kann der Abnehmer zwar die Klage auf die ursprüngliche Leistung erheben. Erfolgreich wird er damit jedoch nicht sein, weil der Lieferant auf Grund der Änderungen berechtigt ist, die Leistung zu verweigern. [4] Daher muß der Abnehmer auf die Mitwirkung an der Anpassung klagen und zugleich den Eventualantrag stellen, den Partner zur Erbringung der geänderten - oder im Falle der

---

1) So auch Henrich, S. 187 Fußn. 14.

2) Wird hier eine Stufenklage angenommen, so sind damit auch die Schwierigkeiten beseitigt, die sich andernfalls in der Zwangsvollstreckung ergeben könnten; denn dürfte aus dem zweiten Antrag vorläufig vollstreckt werden, bevor die Verurteilung zur Abgabe der Willenserklärung in Rechtskraft erwachsen wäre?

3) Ob der Richter dann über beide Anträge (so Stein-Jonas a. a. O.) entscheiden muß oder die Entscheidung über den Hilfsanspruch unter einer auflösenden Bedingung steht (so Rosenberg a. a. O.), ist streitig. Richtig dürfte die letzte Ansicht sein; vgl. Lent in JR 1951, 376.

4) Staudinger-Weber § 242 Anm. A 623 legt die Voraussetzungen eines solchen Verweigerungsrechts dar.

Klagabweisung - der ursprünglichen Leistung zu verurteilen. [1] Der umgekehrte Weg, d.h. der Antrag, den Schuldner zur Leistung gegen Zahlung eines entsprechend erhöhten und gerichtsseitig festzustellenden Preises zu verurteilen, wäre nicht gangbar, weil es insoweit an der ausdrücklichen Verurteilung zur Abgabe der Anpassungserklärung fehlen würde.

Letztlich wäre noch denkbar, daß derjenige, der durch eine Anpassung begünstigt wäre, die von ihm zu erbringende Leistung abändert und auf diese Weise den Vertrag angleicht. So könnte etwa der Abnehmer bei einem allgemeinen Preisverfall den vereinbarten Preis entsprechend kürzen. Wenn aber dann der Lieferant auf die Zahlung des ursprünglichen Preises klagt, wäre dieser Klage stattzugeben, weil eine Partei nicht berechtigt ist, allein die Anpassung durchzuführen. Allerdings könnte der Anpassungsbegünstigte hier widerklagend begehren, den Lieferanten zur Mitwirkung an einer entsprechenden Vertragsabänderung zu verurteilen.

b) Weiterhin wäre auch daran zu denken, daß der Anpassungsgläubiger in den Fällen, in denen bei einer Anpassung die gegnerische Leistung erhöht werden müßte, gemäß § 259 ZPO auf künftige Leistung klagen könnte. Voraussetzung dafür wäre jedoch, daß ihm ein gegenwärtiger, aber noch nicht fälliger Anspruch gegen den Schuldner zustände. Auch ein bedingter Anspruch käme in Betracht. [2]

Hier hat der Anpassungsgläubiger einen gegenwärtigen Anspruch auf die Leistung aus dem Vertrag. Dieser Anspruch fällt durch die Anpassung nicht fort, sondern wird lediglich geändert. Der geänderte Anspruch wird also erst durch die Anpassung in seiner Höhe bestimmt und damit fällig. Es kann daher gesagt werden, daß der Anspruch auf die erhöhte Leistung zwar dem Grunde nach schon besteht, in seiner Durchsetzbarkeit und Fälligkeit aber erst von der Anpassung abhängt, Insoweit ist der Anspruch auf die künftig erhöhte Leistung einem bedingten Anspruch ähnlich. [3] Demzufolge kann eine Klage nach § 259 ZPO zugelassen werden, sofern auch die weiteren Voraussetzungen dieser Vorschrift erfüllt sind.

---

1) Der Anpassungsschuldner, d.h. derjenige, der durch die Anpassung einen Nachteil erleiden würde, wäre hier Inhaber des Erfüllungsanspruches aus der Klausel, vgl. S. 55.

2) BGHZ 5, 342 (344); Baumbach-Lauterbach § 259 Anm. 1 A.

3) Eine Bedingung i.S. der §§ 158 ff BGB liegt nicht vor, weil einmal die Anpassung durch eine Parteivereinbarung erfolgen soll und zum anderen der gegenwärtig wirksame Anspruch durch die Anpassung nur geändert, nicht aber erst gültig oder ungültig wird.

Zur Begründung dieses Ergebnisses kann im übrigen auch noch auf die rechtliche Lage bei einem Vorvertrag verwiesen werden. Dort ist es ebenso, daß die Leistung erst nach dem Abschluß des Hauptvertrages gefordert werden kann, dennoch aber dem Gläubiger die Klage nach § 259 ZPO vor Abschluß des Hauptvertrages aus dem Vorvertrag gestattet wird. 1)

Eine Klage aus § 259 ZPO könnte etwa erforderlich sein, wenn der Schuldner seine Verpflichtung aus der Anpassungsklausel bestreitet oder wenn zu besorgen ist, daß er Verfügungen treffen könnte, die ihm die zukünftige Erbringung der (dann erhöhten) Leistung unmöglich machen. Allerdings ist diese Klage wiederum mit der Klage auf Mitwirkung beim Abschluß des Abänderungsvertrages zu verbinden; denn der Anpassungsschuldner ist verpflichtet, künftig die zum Abschluß des Vertrages notwendige Erklärung abzugeben und dann die geänderte Leistung zu erbringen.

c) Schließlich bleibt noch die Möglichkeit einer Feststellungsklage gemäß § 256 ZPO. Zwar ist diese Klage in der Regel unzulässig, wenn eine Leistungsklage erhoben werden kann. Indes können besondere Umstände vorliegen, die eine Leistungsklage hindern, andererseits aber die Notwendigkeit einer Feststellungsklage rechtfertigen. Auch durch eine eventuelle Klage auf künftige Leistung, die in diesen Fällen häufig zulässig sein könnte, wäre die Feststellungsklage nicht ausgeschlossen. 2)

So kann der Anpassungsglaubiger die Feststellung begehren, daß eine Verpflichtung zum Abschluß des Anpassungsvertrages besteht, wenn der Gegner eine solche Verpflichtung bestreitet und zudem der Fall einer Anpassung noch nicht gegeben ist. Diese Klagenotwendigkeit kann sich etwa ergeben, wenn eine Partei behauptet, die Anpassungsklausel sei nichtig, ohne daß bereits ein Anpassungsfall eingetreten ist. Desgleichen kann die Feststellung begehrt werden, daß eine Verpflichtung zum Abschluß des Anpassungsvertrages nicht besteht; eine solche Klage könnte erhoben werden, falls der andere Teil den Abschluß des Abänderungsvertrages verlangt.

3) Die Tätigkeit des Richters

Zu fragen bliebe letztlich noch, wie die Tätigkeit des Richters einzuordnen ist, wenn er auf die dargelegte Weise den Inhalt des Anpassungsvertrages ermittelt.

---

1) Staudinger-Riezler Vorbem. 20 vor § 145; Henrich, S. 190.
2) RGZ 113, 410 (411); Stein-Jonas (-Schönke-Pohle) § 259 Anm. II.

Übt er insoweit eine erkennende oder gestaltende Funktion aus?
Berücksichtigt werden muß zunächst, daß der Richter zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilt, deren Inhalt er durch Auslegung der Anpassungsklausel gewonnen hat. Die Auslegung stellt sich dabei aber materiell vielfach als eine Ergänzung des ursprünglichen Vertrages dar, weil sie - der unmittelbaren Vertragsangleichung ähnlich - die Maßnahme ausfindig zu machen hat, durch die der Vertrag den veränderten Umständen angeglichen werden kann. Aus diesem Sachverhalt könnten nun zwei Argumente für die Behauptung abgeleitet werden, der Richter werde hier rechtsgestaltend tätig. Einerseits könnte gesagt werden, die Parteien hätten in der Klausel die Gestaltungspflicht übernommen, ein den Änderungen entsprechendes Angebot zum Abschluß des Anpassungsvertrages anzunehmen, und der Richterspruch ersetze diese gestaltende Erklärung. [1] Auf der anderen Seite könnte auch darauf verwiesen werden, daß die Auslegung der Klausel zumeist materiell eine Anpassung des ursprünglichen Vertrages sei, eine derartige Anpassung aber nur im Wege richterlicher Gestaltung erfolgen könne.

Gegen die letzte Begründung ließe sich zwar allgemein vorbringen, daß der Richter nur zur Abgabe einer bestimmten Willenserklärung verurteile, zur Abänderung des Vertrages selbst aber noch die Annahme dieser fingierten Erklärung durch den Kläger erforderlich sei. Indes wäre dieser formale Einwand allein nicht sehr überzeugend; denn in der Regel wird der klagende Anpassungswille die Erklärung annehmen, andernfalls hätte er kaum die Klage erhoben. Entscheidend könnte diese Argument aber insofern sein, als damit zugleich geltend gemacht wird, die bloße Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung enthalte nicht die Merkmale einer gestaltenden Entscheidung. Jedoch bedarf eine derartige Behauptung noch des Beweises; denn die erste Möglichkeit, hier eine gestaltende Entscheidung zu begründen, beruft sich gerade darauf, daß der Richterspruch die gestaltende Erklärung der Parteien ersetze.

Aus diesen Überlegungen folgt, daß die Frage, ob der Richter bei der Auslegung der Klausel eine Gestaltungsfunktion wahrnimmt, nicht beantwortet werden kann, ohne zuvor darzulegen, welche Merkmale für eine gestaltende Entscheidung wesentlich sind. Stehen diese Kriterien fest, sind die Maßstäbe gefunden, an denen die beiden aufgezeigten Wege, hier eine gestaltende Tätigkeit des Richters anzunehmen, gemessen werden müssen.

Um herauszufinden, welche Eigenschaften für gestaltende Erkenntnisse typisch sind, soll an die erwähnte Überlegung angeknüpft werden, die unmittelbare Anpassung eines Vertrages sei eine gestaltende Aufgabe des Richters und daher müs-

---

1) Sieg in NJW 1951, 508; Larenz, Schuldrecht, I. Bd., § 5 I c (S. 51) und NJW 1951, 499; auch Henrich, S. 185 und 188.

se auch die materiell ähnliche Tätigkeit bei der Angleichung auf Grund der Klausel als Ausübung einer Gestaltungsfunktion verstanden werden. Der erste Teil dieser Behauptung mag Ausgangspunkt der Untersuchung sein, durch welche Merkmale gestaltende Entscheidungen gekennzeichnet sind.

In der Literatur wird zum Teil die Ansicht vertreten, die Anpassung eines Vertrages durch den Richter erfordere einen rechtsgestaltenden Eingriff, [1] wobei es im übrigen unerheblich sein soll, ob sich der Richter insofern auf eine Auslegung gemäß § 157 BGB stützt [2] oder dispositives Recht nach § 242 BGB anwendet. [3] Auch der BGH hat einmal in diesem Zusammenhang von einer gestaltenden Aufgabe des Richters gesprochen. [4] Lange begründet seine Auffassung damit, daß bei den §§ 157, 242 BGB der konkrete Normgehalt nicht bereits von Anfang an feststehe. Es sei vielmehr auch beispielsweise eine inhaltliche Konkretisierung außerhalb eines Rechtsstreites, etwa durch eine Parteivereinbarung, möglich. Keineswegs wäre dann eine solche Vereinbarung nur als Vergleich über eine unbekannte, gesetzliche Regelung anzusehen. Sei aber die Norm noch nicht von vornherein bestimmt, müsse anerkannt werden, daß mehrere Entscheidungsmöglichkeiten beständen. Falls diese gleichwertig seien, müsse der Richter zwischen ihnen wählen und somit auch gestaltend entscheiden. Durch diese Gestaltung werde dann die Norm verbindlich konkretisiert.

Von anderer Seite wird hingegen die unmittelbare Vertragsanpassung als erkennende Tätigkeit des Richters bezeichnet. [5] Zur Begründung wird dabei oft auf die Eigenheiten unbestimmter Rechtsbegriffe verwiesen. Bei diesen - hier Treu und Glauben - sollen entgegen Lange nicht mehrere Entscheidungsmöglichkeiten bestehen, sondern nur eine Entscheidung richtig sein. [6] Auch der BGH hat, die frühere Ansicht aufgebend, insoweit eine gestaltende Tätigkeit des Richters verneint. [7] Nach seiner Auffassung wandelt sich der Inhalt des Vertrages durch die

---

1) Lange in Festschrift für Gieseke, S. 53 f; Brox, Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung, S. 126 ff; Fikentscher, Schuldrecht, § 27 III 3 (S. 116 f).

2) Brox a. a. O.

3) Fikentscher a. a. O.

4) BGH NJW 1952, 137; vgl. auch Oertmann, Die Geschäftsgrundlage, S. 169.

5) Kegel in JZ 1951, 396 f, 404 f und JZ 1952, 148; Hubmann in AcP 155, 127 Fußn. 173; Staudinger-Weber § 242 Anm. E 391 f; Larenz, Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, S. 168.

6) Staudinger-Weber § 242 Anm. A 139; Westermann, Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidung im Zivilrecht, S. 22; Rothe in AcP 151, 40.

7) BGH LM Nr. 18 zu § 242 (Bb).

Änderung der Verhältnisse von selbst. Der Richter habe deshalb nur noch auszusprechen, in welcher Weise die Rechtsbeziehungen umgestaltet worden seien.

Dieser Meinungsstreit ist hier nun zunächst nur insofern aufschlußreich, als er Anhaltspunkte dafür gibt, welche Merkmale einer gestaltenden Entscheidung wesentlich sind. Lange behauptet, ein solches Erkenntnis setze mehrere Entscheidungsmöglichkeiten voraus. Um die Richtigkeit dieser Behauptung überprüfen zu können, ist es angebracht, sich den formalen Vorgang bei der Entstehung eines richterlichen Erkenntnisses zu vergegenwärtigen. Er besteht aus zwei Denkakten, einmal der Feststellung von Inhalt und Umfang der in der anzuwendenden Norm enthaltenen Rechtsbegriffe (Interpretation) und zum anderen dem Vollzug des logischen Syllogismus, der den ermittelten Sachverhalt mit den Rechtsbegriffen verknüpft (Subsumtion). [1] Letzteres wird in der Weise durchgeführt, daß die Norm als "Obersatz" mit dem konkreten Sachverhalt als "Untersatz" verbunden wird. Daraus folgt dann die Entscheidung als "Schlußsatz". Nun wird aber die Interpretation der Rechtsbegriffe nur selten zweifelsfrei zu vollziehen sein. Oft werden auch bei scheinbar eindeutigen Begriffen bereits erhebliche Überlegungen und geistige Vorgänge erforderlich sein, um den Inhalt zu bestimmen. Trotz dieser subjektiven Schwierigkeiten der Interpretation übt der Richter aber insoweit eine Erkenntnisfunktion aus. Er interpretiert, stellt den tatsächlichen Sachverhalt fest und subsumiert.

Bei einer gestaltenden Entscheidung ist nun ebenfalls von diesen Tätigkeitsakten auszugehen. Der Richter fragt also beispielsweise: Was ist Ehebruch im Sinne des Gesetzes (§ 42 Abs. 1 EheG) und ist die dem Beklagten nachgewiesene Handlung ein solcher Ehebruch? Zu dieser Tätigkeit tritt dann aber noch weiterhin eine rechtsändernde Gestaltung, hier die Trennung der bestehenden Ehe, hinzu. Die Eigenart einer solchen Entscheidung liegt nun darin, daß der Richter im Gegensatz zu der erkennenden Tätigkeit, bei der er nur die durch alle Umstände objektiv feststehende Entscheidung ermittelt, durch seine Gestaltung eine Veränderung in der objektiven Welt bewirkt. [2] Um diese Wirkung herbeizuführen, muß der Richter nach der Interpretation, Sachverhaltsfeststellung und Subsumtion noch einen Entschluß fassen, nunmehr die im Gesetz vorgesehene Gestaltungsmöglichkeit auszuüben. Er kann - auch in Fällen, in denen eine bestimmte Handlung vorgeschrieben ist, - die gesetzlich vorgesehene Folge anordnen, er kann das

---

1) vgl. dazu Stammler, Theorie der Rechtswissenschaft, S. 653 ff; auch Rothe in AcP 151, 38.

2) vgl. dazu die ausführlichen Erörterungen bei Gensior, "Elastische" Vorschriften im Agrarrecht im Gebiet der ehemals Brit. Zone Deutschlands, Diss. Münster 1956, S. 60 ff.

aber auch verweigern. [1] Dieses Handeln auf Grund eines eigenen Entschlusses und die dadurch bedingte Veränderung bestimmter rechtlicher Beziehungen ist wesentlich für eine gestaltende Entscheidung. Allerdings wird die Entschließungsfreiheit des Richters oft durch das Gesetz gebunden sein, [2] so daß die verschiedenen Entschlußmöglichkeiten nur noch theoretisch bestehen. Deutlich wird aber das Besondere der gestaltenden Entscheidung in jenen Fällen, in denen dem Richter eine Auswahl zwischen mehreren Gestaltungsmöglichkeiten ausdrücklich eingeräumt wird. [3]

Damit ist nun aufgezeigt, daß gestaltende Entscheidungen über die Interpretation, Sachverhaltsfeststellung und Subsumtion hinaus noch eine Willensentschließung des Richters hinsichtlich des "ob" und "wie" der rechtsändernden Gestaltung erfordern. Eine solche Entschließung setzt aber notwendig die Wahl zwischen wenigstens zwei Möglichkeiten voraus.

Trifft somit die von Lange angenommene Voraussetzung zu, daß gestaltende Entscheidungen die Wahl zwischen mindestens zwei möglichen Ergebnissen verlangen, so stellt sich nun doch die weitere Frage, ob solche Entscheidungsmöglichkeiten tatsächlich bei einer Anpassung nach den §§ 157, 242 BGB gegeben sind. Lange bejaht diese Frage. Verneint wird sie hingegen von denjenigen, die bei der Konkretisierung des unbestimmten Rechtsbegriffes "Treu und Glauben" nur e i n e Entscheidung als möglich und richtig ansehen. Begründet wird diese Meinung damit, daß unbestimmte Rechtsbegriffe auf außerrechtliche Wertungen verweisen, die dadurch zum Inhalt der jeweiligen Norm werden. Diese Wertung sei aber so bestimmbar, daß der Idee nach nur eine Entscheidung möglich und zutreffend sei. [4]

Fraglich ist jedoch, ob die letztere Ansicht als überzeugend bezeichnet werden kann. Soweit lediglich auf das Ergebnis einer Entscheidung in seinem Wertgehalt, nicht etwa in seiner zahlenmäßigen Höhe abgestellt wird, könnte ihr vielleicht noch zugestimmt werden. Ob eine Entscheidung Treu und Glauben entspricht oder nicht, [5] wird nämlich in der Regel zweifelsfrei festzustellen sein.

---

1) Das gleiche Handeln wäre bei einer erkennenden Tätigkeit belanglos; denn die objektive Rechtslage ist hier unabhängig von dem Spruch des Richters.

2) So etwa im Falle des § 42 EheG.

3) Beispiele enthalten die §§ 8 Abs. 1 und 9 Hausrats-VO.

4) Westermann, Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidung im Zivilrecht, S. 22.

5) oder - bei anderen unbestimmten Rechtsbegriffen - billig oder angemessen ist.

Allerdings können sich dabei aber auch Bedenken ergeben, weil Entscheidungen oft jenem Grenzbereich zuzuordnen sind, in dem die Auffassungen über die Richtigkeit des Ergebnisses durchaus geteilt sein mögen. Diese Bedenken wären nicht ausgeräumt, wenn das Bestehen dieses Grenzbereiches in rechtlicher Hinsicht schlechthin geleugnet und die Meinungsverschiedenheiten über die Richtigkeit des Ergebnisses darauf zurückgeführt würden, daß die Erkennbarkeit objektiver Größen subjektiven Schwierigkeiten unterliege. [1] Denn als Verweisung auf außerrechtliche Wertvorstellungen sind die unbestimmten Rechtsbegriffe abhängig von der Relativität, dem Wandel und häufig auch Widerspruch dieser Vorstellungen. Die Meinungsverschiedenheiten über die Richtigkeit des Ergebnisses müssen daher nicht zwangsläufig auf der subjektiven Schwierigkeit beruhen, die objektive Größe zu erkennen, sie können vielmehr auch Ausfluß des mehrdeutigen Inhaltes der objektiven Größe sein. [2]

Diesen Standpunkt vertritt im wesentlichen auch Drost. [3] Er behauptet, daß Wertbegriffe abhängig seien vom Fühlen und Wollen der wertenden Menschen. Daher sei jede Eindeutigkeit ausgeschlossen. Als richtig müsse deshalb jeweils diejenige Lösung bezeichnet werden, "welche die zur Ausfüllung des Wertbegriffs berufene Instanz in ihrem Werturteil angibt." [4] Diese Instanz sei die Gesellschaft, d.h. "die öffentliche Meinung der unter einer Rechtsordnung vereinten Menschen." [5] Trifft sie keine zweifelsfreie Wertung, ist die Ausfüllung des unbestimmten Rechtsbegriffs letztlich dem Werturteil des Entscheidenden überlassen. Sein Wertgefühl mag aber durchaus nicht dem anderer Menschen entsprechen, so daß begründete Meinungsverschiedenheiten über das Ergebnis denkbar sind.

---

1) Westermann a.a.O. hebt hervor, daß das Ergebnis objektiv eindeutig feststeht. Die "Schwankungsbreite" der Entscheidung sei daher nur tatsächlicher nicht aber rechtlicher Natur.

2) Letztlich ist die Antwort auf diese Frage jedoch abhängig von dem jeweiligen philosophischen Standort. Wird der materialen Wertethik von Scheler und Nicolai Hartmann gefolgt, so ist die Existenz bewußtseinsunabhängiger Werte zu bejahen und die mangelnde Erkenntnis dieser Werte auf subjektive Schwierigkeiten zurückzuführen. Sieht man hingegen die Werte als Reflexionen subjektiver Wertvorstellungen, ergeben sich die Grenzen des Erkennens aus den Grenzen der Gegenständlichkeit des Erkenntnisobjekts. - (vgl. auch Engisch, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, S. 42).

3) Drost, Das Ermessen des Strafrichters, S. 18 ff.

4) ebenda, S. 23.

5) ebenda, S. 25.

Ist somit festzustellen, daß es bereits abzulehnen ist, hinsichtlich des Wertgehaltes stets nur eine Entscheidung als richtig anzusehen, so kann nun erst recht nicht gesagt werden, daß der Inhalt des unbestimmten Rechtsbegriffes auch der Höhe nach von vornherein feststehe; [1] denn ob etwa bei einer Zerstörung des Äquivalenzverhältnisses infolge von Währungseinbrüchen eine Leistung um 10 oder 11% heraufgesetzt, in anderen Fällen die Vertragsdauer um 15 oder 18 Monate verkürzt wird, jede Entscheidung wäre vertretbar, wenn sie die Umstände des Einzelfalles hinreichend berücksichtigt.

> Hat etwa ein Patient es dem Arzt überlassen, das Honorar für eine außergewöhnlich schwierige Operation zu bestimmen, so läßt sich nicht sagen, daß nur e i n Betrag in Betracht kommen kann. Vielmehr eröffnet die Vielzahl möglicher Wertungsfaktoren (bekannter Chirurg, schwierige Operation, wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Patienten etc.) einen Bereich, in dem jeder Betrag als angemessen und gerecht bezeichnet werden könnte. [2]

Daraus geht hervor, daß der Behauptung, bei unbestimmten Rechtsbegriffen stehe die Entscheidung auch der Höhe nach von Anfang an fest, eine theoretische Konstruktion zugrunde liegt, die der tatsächlichen Beweiskraft entbehrt.

Ergänzend ist allerdings noch hinzuzufügen, daß es durchaus Sachverhalte gibt, in denen der Inhalt eines unbestimmten Rechtsbegriffes der Höhe nach festgelegt sein kann. So etwa, wenn in einem Dienstvertrag zwar die Höhe der Vergütung nicht genannt worden ist, sie aber eindeutig und zweifelsfrei dem Tarifvertrag entnommen werden kann. Diese Fälle sind jedoch entweder gesetzlich geregelt, [3] oder die Parteien haben hier die feststehende Größe durch eine Vereinbarung zum Inhalt des Vertrages erhoben. [4] Keineswegs kann daher aus solchen Sachverhalten die Struktur des unbestimmten Rechtsbegriffes schlechthin erhellt werden.

Zusammenfassend ist somit zu sagen, daß bei unbestimmten Rechtsbegriffen das Ergebnis nicht allgemein von Anfang an in seiner Art oder Höhe feststeht. Zwar

---

1) So aber Rothe in AcP 151, 40 und Neumann-Duesberg in JZ 1952, 706; a. M. wohl Boehmer in SJZ 1949, 315.

2) Dieses Beispiel mag beweisen, daß auch bei anderen unbestimmten Rechtsbegriffen - hier Billigkeit in § 315 BGB - keine der Höhe nach schon im voraus feststehende Entscheidung angenommen werden kann.

3) §§ 612 II, 632 II, 653 II BGB.

4) so vor allem in Kaufverträgen, wenn Gegenstände erworben werden, deren Verkauf nur zu einem bestimmten Preis erfolgt.

kann die Entscheidung vorgezeichnet sein, häufig wird aber der Begriff nur einen Bereich umschreiben, dessen Grenzen dann die Entscheidung zu wahren hat.

Diese Ansicht kann nun durch die Ergebnisse jener Überlegungen gestützt werden, die zu dem gleichen Problem in anderen Rechtsgebieten angestellt worden sind. So wird auch in dem neueren Verwaltungsrecht die Auffassung vertreten, daß unbestimmte Rechtsbegriffe [1] nur einen Tatsachen-, Interessen- oder Wertbereich umschreiben; nur dieser Bereich, nicht aber die Gegenstände dieses Bereiches würden durch den Inhalt der Begriffe bestimmt. [2] Innerhalb der zu diesem Bereich gehörenden Sachverhalte bestehe daher ein Beurteilungsspielraum. [3] Der unbestimmte Rechtsbegriff sei daher zutreffend ausgelegt, wenn der in ihm umrissene Typus-Bereich gewahrt worden sei.

Daraus kann nun gefolgert werden, daß auch bei den §§ 157, 242 BGB durch den Begriff Treu und Glauben nur ein bestimmter Bereich umschrieben wird. Innerhalb dieses Bereiches können durchaus mehrere Möglichkeiten der Entscheidung bestehen. Ist damit aber bereits festgestellt, daß Lange mit der Behauptung Recht hat, eine Vertragsanpassung nach den §§ 157, 242 BGB erfordere wegen der mehreren Entscheidungsmöglichkeiten eine gestaltende Tätigkeit des Richters? Diese Frage wäre nur dann zu bejahen, wenn die Art der einzelnen Möglichkeiten, zwischen denen gewählt werden kann, insoweit unerheblich wäre. Das ist jedoch nicht der Fall. Es genügt beispielsweise nicht, daß die Wahl zwischen verschiedenen Zahlenwerten getroffen werden kann, der Richter also nur zu bestimmen hat, ob eine Leistung um 500,-- oder 700,-- DM erhöht werden muß. Würde in solchen Fällen schon von einer gestaltenden Tätigkeit gesprochen, so müßte gesagt werden, daß der Richter überwiegend gestaltende Aufgaben wahrnimmt; denn schließlich hat er sich in vielen Streitfällen zwischen mehreren Zahlenwerten zu entscheiden. So kann er etwa bei Prozessen um Schadensersatz nach § 287 ZPO vorgehen. Er hat außerdem billige,[4] angemessene [5] oder übliche [6]

---

1) H. J. Wolff, Verwaltungsrecht I, § 31 I c (S. 146) betont, daß die Bezeichnung "unbestimmte Rechtsbegriffe" ungenau sei. Da nur die in geschriebenen Gesetzen verwendeten Begriffe gemeint seien, solle besser von "unbestimmten Gesetzesbegriffen" gesprochen werden. - Dieser Einwand ist zwar berechtigt; indes hat sich die bisherige Bezeichnung derart eingebürgert, daß sich ihr weiterer Gebrauch empfiehlt, zumal ihr Gegenstand richtig gesehen wird.

2) H. J. Wolff, a. a. O., § 31 I c 2 (S. 148).

3) H. J. Wolff, a. a. O.; auch Obermayer in NJW 1963, 1178 f.

4) z. B. § 315 Abs. 3 BGB.

5) z. B. § 87 Abs. 2 AktG.

6) z. B. § 612 II, 632 II, 653 II BGB.

Leistungen festzustellen. Allein dadurch, daß hier ein Zahlenspielraum bestehen kann, wird die richterliche Entscheidung nicht zur Ausübung einer Gestaltungsfunktion. Vielmehr geht es in diesen Fällen darum zu ermitteln, welcher Zahlenwert sich nach den gesamten Umständen als Entscheidung aufdrängt, was jeder Rechtsgenosse auf Grund seines latenten Wertbewußtseins ebenfalls erkennen müßte. [1] Insoweit ist hier tatsächlich die Entscheidung vorgegeben und daher nur eine erkennende Tätigkeit erforderlich.

Zu der Annahme einer gestaltenden Entscheidung gehört deshalb eine qualitativ andere Wahlmöglichkeit. Erforderlich ist dabei, wählen zu können, ob überhaupt die vom Gesetz vorgesehene Rechtsfolge ausgesprochen wird, oder eine von mehreren Rechtsfolgen setzen zu können. Eine Gestaltungsfunktion würde deshalb wahrgenommen, wenn der Richter zwar den Vertrag anpassen müßte, hinsichtlich der Art der Anpassung aber verschiedene Möglichkeiten beständen, d. h. wenn entweder eine Leistung erhöht oder der Vertragsgegenstand geändert, die Vertragsdauer verkürzt oder die Liefermenge verringert werden könnte. Zu solchen unterschiedlichen Vertragsänderungen soll in der Tat die Anpassung nach den §§ 157, 242 BGB führen können. [2] Ergibt sich daraus aber, daß mit Lange von einer gestaltenden Entscheidung zu sprechen wäre? Verneint werden könnte diese Frage zunächst mit der Begründung, es sei zwar möglich, daß die jeweiligen Vertragsänderungen sehr verschieden ausfielen, im Einzelfall sei aber bereits durch die gesamten Umstände nur e i n e Art der Vertragsanpassung vorgezeichnet. Eine echte Wahlmöglichkeit bestände daher nicht mehr.

Mit dieser Argumentation wird jedoch die gegebene Wahlmöglichkeit nicht ausgeräumt. Auch in Fällen, in denen der Richter schon nach dem Gesetz (§§ 8, 9 HausratsVO) zwischen mehreren Maßnahmen wählen kann, wird er die Entscheidung treffen, die den Besonderheiten des Einzelfalles am ehesten entspricht. Zwar mag dabei oft die Zweckmäßigkeit Richtlinie der Entscheidung sein, während es sonst gilt, die im Gesetz enthaltene Wertung als Ausdruck der insoweit konkretisierten Gerechtigkeitsidee anzuwenden. [3] Jedoch ist die materielle Tätigkeit des Richters in beiden Sachverhalten ähnlich. Hier sucht der Richter die der Wertung entsprechende, dort die zweckmäßigste Entscheidung. Jedesmal wird er sein Urteil in der Überzeugung fällen, die Entscheidung getroffen zu haben, die der jeweiligen Richtlinie im größten Maße gerecht wird. Keinesfalls ist damit aber die Wahlmöglichkeit als solche aufgehoben. Sie besteht weiterhin, wobei die gesamten Umstände nur dazu dienen, Hilfsmittel der Wahl im Hinblick auf die zu wahrende Richtlinie zu sein.

---

1) Larenz in AcP 152, 448 (Schwarz).
2) Staudinger-Weber § 242 Anm. E 412 ff.
3) Westermann, Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidung im Zivilrecht, S. 16 f, S. 20 f.

Ebensowenig kann der von Lange vertretenen Ansicht entgegengehalten werden, sie verwische alle begrifflichen Unterschiede, die zwischen unbestimmten Rechtsbegriffen und Ermessensermächtigungen bestehen. Gestaltende Entscheidungen könnten nur bei Ermessensausübungen bejaht werden. Bei unbestimmten Rechtsbegriffen hingegen würde eine erkennende Funktion wahrgenommen.

Dieser Einwand wäre nicht überzeugend. Einmal ist der Begriff des Ermessens im Zivilrecht keineswegs eindeutig und zweifelsfrei definiert, [1] so daß eine begriffliche Argumentation gegen Lange erst als Voraussetzung ihr Verständnis des Ermessens darlegen und als richtig nachweisen müßte. Andererseits kann aber auch nicht gesagt werden, daß unbestimmte Rechtsbegriffe schlechthin gestaltende Entscheidungen ausschließen. Eine solche Behauptung wäre nur dann schlüssig, wenn bei diesen Begriffen lediglich eine Entscheidung richtig sein könnte. Da diese Ansicht aber abgelehnt wurde, ist auch die Folgerung, nur erkennende Entscheidungen seien möglich, als unzutreffend zu bezeichnen. Ausschlaggebend ist vielmehr, ob im Einzelfall die Wahl zwischen mehreren qualitativ verschiedenen Möglichkeiten und somit der Weg zu einer rechtsändernden Gestaltung eröffnet ist.

Schließlich wird aber auch durch die von Lange dargelegte Meinung nicht die Grenze zwischen Ermessensermächtigungen und unbestimmten Rechtsbegriffen aufgehoben. Zwar ist im Verwaltungsrecht gelegentlich die Folgerung gezogen worden, auf unbestimmte Rechtsbegriffe, die einen Beurteilungsspielraum gewähren, die Regeln der Ermessensüberprüfung analog anzuwenden und damit die Grenzen zum Teil fließend zu gestalten. [2] Indessen werden dadurch die Unterschiede zwischen unbestimmten Rechtsbegriffen und Ermessensermächtigungen nicht hinfällig. Wesentlich für einen unbestimmten Rechtsbegriff mit dem hier vorausgesetzten Entscheidungsspielraum ist, daß derjenige, der diesen Begriff konkretisieren soll, die in dem Begriff enthaltene gesetzliche Wertung zu verwirklichen hat. Bei den §§ 157, 242 BGB ist also beispielsweise festzustellen, was nach Treu und Glauben in dem betreffenden Einzelfall zu gelten hat. Ermessensermächtigungen ist hingegen kein ausdrücklicher und bestimmter Wertgehalt eigen. Sie finden sich vielmehr in der Regel dort, wo ein bestimmter Zweck verwirklicht

---

1) vgl. etwa Gensior, "Elastische" Vorschriften im Agrarrecht im Gebiet der ehemals Britischen Zone Deutschlands, Diss. Münster 1956, S. 29 ff. Heilbron, Freies pflichtgemäßes Ermessen des Richters, S. 5, 12 ff, 17 ff. Burckhardt, Der Begriff des freien Ermessens, Diss. Halle-Wittenberg 1937, S. 129 ff.

2) VG Hamburg NJW 1963, 923.

werden soll. [1] Bei ihnen ist somit ein konkretes Rechtsverhältnis im Hinblick auf den gesetzlich vorgegebenen Zweck zu gestalten. [2] Verwirklichung der in dem unbestimmten Rechtsbegriff enthaltenen Wertung einerseits, Entscheidung nach Zweckmäßigkeit andererseits sind demnach die Merkmale, nach denen der begriffliche Unterschied zwischen unbestimmten Rechtsbegriffen und Ermessensermächtigungen gewahrt werden kann.

Im Ergebnis ist daher festzustellen, daß bei einer Vertragsanpassung auf Grund der §§ 157, 242 BGB durchaus die Entscheidungsmöglichkeiten bestehen können, die für eine gestaltende Entscheidung wesentlich sind. Um aber behaupten zu können, der Richter übe bei der unmittelbaren Vertragsanpassung eine Gestaltungsfunktion aus, bedarf es nicht nur mehrerer Entscheidungsmöglichkeiten, hinzutreten muß vielmehr noch die rechtsändernde oder -begründende Wirkung, die für das gestaltende Erkenntnis kennzeichnend ist. Ob eine solche Wirkung bei der richterlichen Vertragsanpassung gegeben ist, könnte zweifelhaft sein. Vorliegen würde sie nur dann, wenn die Anpassung im Wege der Anwendung dispositiver Normen zu erfolgen hätte; denn würde der Richter insoweit nur eine Aufgabe der Auslegung wahrnehmen, wäre sein Tun lediglich darauf gerichtet, einen bereits vorhandenen, aber noch nicht ohne weiteres erkennbaren Inhalt der bestehenden Rechte zu ermitteln. [3] Die rechtsbegründende oder -ändernde Wirkung einer Gestaltung läge nicht vor.

---

1) Bei anderen Entscheidungen ist die Zweckmäßigkeit nur insoweit zu berücksichtigen, als "durch sie zum Vorteil der Beteiligten und noch mehr der Allgemeinheit die Nutzung des Streitgegenstandes und seine Erhaltung möglichst gesichert" wird; Westermann, Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidung im Zivilrecht, S. 20.

2) Larenz in AcP 152, 449 (Schwarz).
Allerdings hat dabei auch der Richter kraft seiner besonderen Stellung nach Billigkeit zu entscheiden, vgl. Neumann-Duesberg in JZ 1952, 706.

3) Zu der Frage, ob hier von Auslegung oder Anwendung dispositiver Normen gesprochen werden kann, werden verschiedene Ansichten vertreten. Als Auslegung wird diese Tätigkeit bezeichnet von Erman-Hefermehl § 157 Anm. 6; Soergel-Siebert § 157 Anm. 80. Demgegenüber wird die Anwendung dispositiver Normen angenommen von Henckel in AcP 159, 106; Mangold in NJW 1961, 2284. Vgl. im übrigen auch Larenz in NJW 1963, 737 und Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, S. 168 f; Lange in Festschrift für Gieseke, S. 53 ff.

Indes kann einstweilen dahingestellt bleiben, inwieweit es sich bei der Anpassung noch um eine Auslegung des Vertrages oder aber um die Anwendung dispositiver Normen handelt; denn schließlich soll die Erörterung der unmittelbaren Vertragsanpassung in erster Linie dazu dienen, den Wesensgehalt gestaltender Entscheidungen herauszufinden. Bevor daher weitere Gesichtspunkte der unmittelbaren Anpassung untersucht werden können, ist zunächst zu fragen, ob das bisherige Ergebnis es nicht ausschließt, im Falle der Anpassungsklausel von einer gestaltenden Tätigkeit des Richters zu sprechen.

Ausgangspunkt der Überlegungen war die Behauptung, die Anpassung auf Grund der Klausel sei eine rechtsgestaltende Tätigkeit, weil sie materiell der unmittelbaren Anpassung ähnlich, diese aber Ausübung einer Gestaltungsfunktion sei. Dagegen wurde geltend gemacht, der Richter nehme eine erkennende Tätigkeit wahr, weil er im Falle der Klausel nur den Inhalt der Erklärung ermittele, zu deren Abgabe er verurteile. Welche dieser Behauptungen hat sich nun nach dem bisherigen Ergebnis als zutreffend erwiesen?

Gestaltende Entscheidungen, so wurde festgestellt, sind dadurch gekennzeichnet, daß sie einen rechtsbegründenden oder -ändernden Eingriff des Richters in bestimmte Rechtsbeziehungen erfordern und daß diesem Eingriff der Entschluß des Richters vorausgehen muß, aus wenigstens zwei qualitativ verschiedenen Entscheidungsmöglichkeiten die maßgebliche festzusetzen. Das letzte Merkmal, zwischen mehreren qualitativ verschiedenen Möglichkeiten wählen zu können, kann bei der Klausel ebenso wie bei der unmittelbaren Vertragsanpassung gegeben sein. Jedoch darf daraus nicht der Schluß gezogen werden, die richterliche Tätigkeit sei in beiden Fällen in gleicher Weise zu qualifizieren. Trotz der Ähnlichkeit des richterlichen Vorgehens besteht nämlich insofern ein erheblicher Unterschied, als die unmittelbare Angleichung einen direkten Eingriff des Richters in den Vertrag erfordert, die Anpassung auf Grund der Klausel aber nur die Verurteilung einer Partei zur Mitwirkung bei dem Abschluß des Anpassungsvertrages darstellt. Während der Richter also im ersten Sachverhalt selbst die vertraglichen Rechte abändert, erfolgt diese Änderung bei der Anpassungsklausel erst dann, wenn das im Klageantrag enthaltene Angebot des Klägers nach Rechtskraft des Urteils, durch das der Beklagte zur Abgabe der Annahmeerklärung verurteilt worden ist, gemäß § 894 ZPO als angenommen gilt. Der Vertrag wird daher im letzteren Falle nicht durch den Richter, sondern durch eine Parteivereinbarung angeglichen, zu deren Abschluß der Beklagte verurteilt worden ist.
Dieser Unterschied hat zur Folge, daß das richterliche Erkenntnis hinsichtlich der Klausel jener unmittelbaren rechtsbegründenden oder rechtsverändernden Wirkung ermangelt, die für gestaltende Entscheidungen wesentlich ist. Infolgedessen ist es auch unzutreffend, die Anpassung auf Grund der Klausel analog der unmittelbaren Anpassung als gestaltende Tätigkeit des Richters zu bezeichnen.

Ergibt sich daraus nun, daß der Richter eine Erkenntnisfunktion wahrnimmt? Diese Frage wäre zu bejahen, wenn nicht noch der weitere Einwand bestände, es handele sich hier um eine rechtsgestaltende Entscheidung, weil der Richter zur Abgabe einer Willenserklärung verurteile und damit die gestaltende Erklärung der Partei ersetze. [1] Jedoch ist dieser Einwand abzulehnen. Zwar verurteilt der Richter zur Abgabe einer Willenserklärung. Dieser Verurteilung zu einer Leistung wird aber lediglich kraft der Fiktion des § 894 ZPO eine rechtsgestaltende Wirkung beigelegt. Keineswegs kann daraus jedoch gefolgert werden, daß auch das Urteil selbst eine rechtsgestaltende Entscheidung darstellt. [2] Eine solche Behauptung wäre nur gerechtfertigt, wenn die typischen Merkmale einer gestaltenden Entscheidung vorlägen. Wie erörtert, ist dies aber nicht der Fall. Es fehlt an dem unmittelbaren rechtsbegründenden oder rechtsandernden Eingriff des Richters in den Vertrag und die von den Parteien begründeten Rechte.

Abschließend ist somit festzustellen, daß der Richter, indem er durch Auslegung der Anpassungsklausel den Inhalt der Willenserklärung ermittelt, zu deren Abgabe er den Beklagten zu verurteilen hat, eine erkennende Tätigkeit ausübt.

4) Zusammenfassung

Verpflichten sich die Parteien in einer generalklauselartigen Vereinbarung, einen zwischen ihnen bestehenden Vertrag jeweils veränderten Umständen anzupassen, so handelt es sich dabei um eine vertragliche Abrede, die einem Rahmen- und Vorvertrag ähnlich ist. Bei Eintritt einer tatbestandsmäßigen Änderung kann der Inhaber des Erfüllungsanspruches aus der Anpassungsklausel den Partner auf Mitwirkung am Abschluß des Anpassungsvertrages verklagen. Nach Rechtskraft dieses Urteils gilt die entsprechende Willenserklärung gemäß § 894 ZPO als abgegeben. Mit dieser Klage kann als Eventualanspruch die Forderung auf die Leistung verbunden werden, wie sie nach der Anpassung bestehen wird (uneigentliche Eventualhäufung).

Eine Verurteilung aus der Anpassungsabrede kann nur erfolgen, wenn die Klausel inhaltlich ausreichend bestimmt ist. Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn sich der Inhalt des Anpassungsvertrages im Wege der Auslegung gemäß § 157 BGB aus der Klausel ermitteln läßt. Maßstäbe dieser Auslegung sind neben den in § 157 BGB ausdrücklich genannten der Sinn der Anpassungsabrede, die Art und das Ausmaß der tatbestandsmäßigen Änderung und der gesamte Vertragsinhalt.

---

1) vgl. S. 72.

2) Rosenberg, Zivilprozeßrecht, § 169 I 1 (S. 879); Blomeyer, Zivilprozeßrecht, § 94 I (S. 497); Stein-Jonas-Schönke-Pohle § 894 Anm. I; Baumbach-Lauterbach § 894 Anm. 1 D.

Der Richter, der den Inhalt des Anpassungsvertrages als Inhalt der Erklärung festlegt, zu deren Abgabe er den Beklagten verurteilt, nimmt dabei eine Erkenntnisfunktion wahr.

Haben die Parteien lediglich vereinbart, daß bei Änderungen der Vertrag gemeinsam angeglichen werden k a n n, ergeben sich daraus keine Rechte und Pflichten. Hier gelten dann jedenfalls die Institute, die für den betreffenden Vertrag bei der Art der jeweiligen Änderung ohnehin in Betracht gekommen wären.

§ 3
ANPASSUNG DURCH EINE PARTEI

Als zweite Art möglicher Anpassungsklauseln sollen nun jene Abreden dogmatisch untersucht werden, die einen bestimmten oder generalklauselartigen Tatbestand enthalten und die Befugnis zur Anpassung einer Partei übertragen.
Sinn dieser Klauseln ist es ebenfalls, den Bestand des Vertrages von zukünftigen Entwicklungen weitgehend unabhängig zu machen. Soweit dabei vereinbart wird, daß der Vertrag im Falle tatbestandsmäßiger Änderungen angepaßt werden m u ß, ist es zugleich Sinn der Abrede, das Risiko ungewisser Ereignisse beiden Parteien anzulasten. Insoweit gleicht diese Anpassungsabrede der bereits erörterten Klausel. Wird hingegen festgelegt, daß eine Partei bei tatbestandsmäßigen Änderungen den Vertrag angleichen k a n n, hat die änderungsbefugte Partei die Möglichkeit, im Rahmen des ihr in der Klausel oder allgemein durch die Zumutbarkeit gesetzten Maßstabes Folgen des Vertragsrisikos auf den Partner abzuwälzen. Der Wille, die Folgen zukünftiger Entwicklungen gemeinsam zu tragen, ist dieser Abrede nicht eigentümlich.

Unterschieden werden muß deshalb bei den in Betracht kommenden Klauseln zunächst danach, ob die Parteien eine Pflicht zur Anpassung gewollt oder die Entscheidung darüber dem Gutdünken des berechtigten Partners anheimgestellt haben. So können die Parteien vereinbaren:

> "Ändern sich während der Geltungsdauer wesentliche Umstände, so hat der Verkäufer den vereinbarten Preis auf die neuen Verhältnisse abzustellen."

Oder es wird festgelegt:

"Tritt eine wesentliche Veränderung der Verhältnisse ein, so kann der Vermieter verlangen, daß der Mietzins den neuen Verhältnissen angeglichen wird." [1]

Beiden Arten der Klausel liegt nicht nur zum Teil ein unterschiedlicher Sinn zugrunde. Sie folgen vielmehr auch verschiedenen dogmatischen Regeln.

I. ANPASSUNGSKLAUSELN MIT VEREINBARTER ANPASSUNGSPFLICHT

1) Die Rechtsnatur der Anpassungsklausel

a) Haben die Parteien vereinbart, daß eine Anpassung erfolgen muß, so könnte in dieser Klausel ein bedingter Abänderungsvertrag gemäß § 305 BGB zu sehen sein. Die Parteien sind übereingekommen, daß der bestehende Vertrag geändert werden soll. Diese Übereinkunft ist auch inhaltlich bestimmbar, weil einer Partei das Recht eingeräumt worden ist, Gegenstand sowie Art und Weise der Änderung festzulegen. Schließlich soll die Vereinbarung wirksam werden, wenn der Tatbestand der Anpassungsklausel erfüllt, d.h. ein künftiges, objektiv ungewisses Ereignis eingetreten ist. Demnach könnte gesagt werden, daß diese Klausel ein bedingter Abänderungsvertrag nach den §§ 305, 158 BGB sei.

Diese Ansicht hätte aber zur Folge, daß auf Grund der Anpassungsabrede nur eine einmalige Anpassung möglich wäre; [2] denn mit der Angleichung wären die vertraglichen Pflichten erfüllt und der Abänderungsvertrag damit erloschen. In der Regel wollen die Parteien aber gerade durch die Anpassungsklausel sicherstellen, daß eine fortlaufende Angleichung des Vertrages erfolgt. Die Annahme, die Klausel sei ein bedingter Abänderungsvertrag, widerspricht daher dem Parteiwillen. Sie ist deshalb abzulehnen.

b) Die Abänderung eines Schuldverhältnisses ist jedoch nicht nur durch einen Vertrag der Beteiligten, sondern auch durch ein einseitiges Rechtsgeschäft möglich, soweit das Gesetz dies zuläßt oder die Parteien es vereinbart haben. [3]

---

1) BGH BB 1960, 118 Nr. 222.
Erheblich häufiger findet sich die letztere Form der Klausel.

2) Als Rahmenvertrag könnte diese Abrede nicht angesehen werden, weil sie nicht eine Partei berechtigt, von der anderen zukünftig den Abschluß "vornormierter" Verträge zu verlangen.

3) Erman-Groepper § 305 Anm. 3 b; Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht, § 42 I 2 (S. 186); Blomeyer, Allg. Schuldrecht, § 23 I (S. 117).

Eine Abänderung durch Vertrag ist nur dann notwendig, wenn das Schuldverhältnis in einer Weise umgestaltet werden soll, die nicht durch den Zweck und die Anlage des Verhältnisses vorgezeichnet ist. Falls es sich lediglich um eine bestimmungsgemäße Fortentwicklung handelt, kann die Änderung einer Partei übertragen werden. [1]

Hier haben nun die Parteien einer von ihnen das Recht eingeräumt, den Vertrag veränderten Umständen anzupassen. Da es sich dabei um eine bestimmungsgemäße Fortentwicklung des Vertrages handelt, ist diese Vereinbarung der Parteien zulässig. Allerdings ist die Ausübung des Änderungsrechtes vom Eintritt der Tatbestandserfüllung, d. h. einer Bedingung, abhängig. Infolgedessen gewährt die Klausel dem Anpassungsberechtigten nur ein bedingtes Änderungsrecht.

c) Bei der Frage, wie dieses Recht dogmatisch zu bewerten ist, könnte nun von den §§ 315 ff BGB ausgegangen werden, in denen Regeln für das einseitige Recht zur Bestimmung einer Leistung aufgestellt worden sind. Die nachträgliche Änderung einer Leistung könnte rechtlich ihrer ursprünglichen Bestimmung vergleichbar sein.

§ 315 BGB setzt voraus, daß in einem geschlossenen Vertrag einem Beteiligten das Recht vorbehalten worden ist, die Leistung festzusetzen. [2] Als Auslegungsregel besagt § 315 BGB für diesen Fall, daß der Berechtigte die Leistung nach billigem Ermessen zu bestimmen hat. Um die Vorschrift richtig interpretieren zu können, ist es daher zunächst erforderlich, die Begriffe der "Leistung" und des "billigen Ermessens" inhaltlich festzulegen. Anschließend läßt sich dann die Frage beantworten, ob die Anpassungsklausel insoweit dem § 315 BGB subsumiert werden kann.

Wird mit Wicher [3] die Leistung schlechthin als "ein in jeder Beziehung obligationsmäßiges Gesamtverhalten" verstanden, so erübrigt es sich, hier den Begriff der Leistung inhaltlich näher zu umschreiben; denn die Frage, ob nur Hauptleistungen oder etwa auch bloße Nebenpflichten oder Modalitäten der Leistungserbringung unter § 315 BGB fallen, entbehrte dann jeglichen Sinnes. Für eine solche Differenzierung besteht aber auch nach der herrschenden Meinung, die

---

1) Oertmann § 305 Anm. 2 a. E.

2) Daß es sich um eine nachträgliche einseitige Bestimmung handeln muß, betonen Lukes in NJW 1963,1898 und R. Schmidt in Soergel-Siebert § 315 Rdnr. 1. Aus den Motiven - Bd. 2 S. 192 zu § 353 Entw. - geht es ebenfalls sinngemäß hervor.

3) in AcP 158,299.

den von Wicher geprägten Leistungsbegriff ablehnt, [1] keine Notwendigkeit. Schon seit langem erkennt sie an, daß § 315 BGB ebenfalls bei der Bestimmung einzelner Leistungsmodalitäten eingreift. [2] Allerdings wird diese Auffassung insofern wieder eingeschränkt, als lediglich untergeordnete Modalitäten der Leistung (z.B. die Art der Verpackung) im Rahmen des § 315 BGB nicht berücksichtigt werden sollen. [3] Diese Einschränkung ist sachgemäß. Dem Schuldner kann insoweit Freiheit in den Grenzen des § 242 BGB gelassen werden. Keinesfalls wäre es sinnvoll, hier eine richterliche Bestimmung nach § 315 Abs. 3 BGB zu bejahen.

Steht somit fest, daß sich § 315 BGB auf die Bestimmung der Leistung und ihrer Modalitäten erstreckt, so fragt es sich nun, wie der Begriff "billiges Ermessen" zu verstehen ist. In dem Absatz 1 des § 315 BGB heißt es, daß die berechtigte Partei nach billigem Ermessen bestimmen solle. Absatz 3 spricht dagegen davon, daß die Bestimmung nur verbindlich sei, wenn sie der Billigkeit entspreche. In diesen unterschiedlichen Formulierungen wird gelegentlich ein dogmatischer Widerspruch gesehen. So betont Neumann-Duesberg, daß Ermessen Wahlmöglichkeit bedeute, während "Billigkeit" ein unbestimmter Rechtsbegriff sei, der keinen Entscheidungsspielraum gewähre. Daher könne nur eines im Gesetz richtig sein. Neumann-Duesberg behauptet, die Parteierklärung müsse als Ermessensbetätigung angesehen werden. [4] Er begründet seine Ansicht damit, daß einmal die dem Ermessen entsprechende Wahlmöglichkeit von den Vertragspartnern vereinbart worden sei; zum anderen wäre bei der "Billigkeit" als unbestimmtem Rechtsbegriff nur e i n Ergebnis richtig und dieses Ergebnis wäre, wenn die Bestimmung nach Billigkeit erfolgen sollte, als objektive Größe bereits Vertragsinhalt. Eine Wahlmöglichkeit bestände für die bestimmungsberechtigte Partei dann also nicht mehr. § 315 BGB wäre somit überflüssig.

Demgegenüber ist Fahle [5] der Ansicht, daß § 315 BGB eine "Generalklausel" sei. Der bestimmungsberechtigten Partei sei kein Rahmen eingeräumt, in dem sie frei wählen könnte. Vielmehr habe sie nach Billigkeit zu entscheiden, d.h. aber, sie habe "das im konkreten Fall allein sachlich Richtige" zu treffen. Nur wenn die Bestimmung dieser Anforderung entspreche, sei sie verbindlich.

---

1) R. Schmidt in Soergel-Siebert Rdnr. 35 vor § 275.
2) Oertmann § 315 Anm. 2; Erman-Groepper § 315 Anm. 3; RGRK-Wilde § 315 Anm. 1; Lukes in NJW 1963, 1898.
3) Larenz, Schuldrecht I, § 8 I a (S. 85); R. Schmidt in Soergel-Siebert § 315 Rdnr. 10.
4) Neumann-Duesberg in JZ 1952, 707.
5) Die Entscheidung nach billigem Ermessen im Wohnungseigentumsgesetz, Diss. Münster, 1953, S. 32 f.

Um entscheiden zu können, welcher Ansicht zu folgen ist, muß zunächst dargestellt werden, was unter dem Begriff des Ermessens verstanden wird und ob diese Merkmale bei § 315 BGB vorliegen. Nach Neumann-Duesberg ist in einer Vorschrift Ermessen eingeräumt, wenn die Wahl zwischen mehreren verschiedenen Rechtsfolgen zugelassen wird. [1] Wolff unterscheidet im Verwaltungsrecht das Entschschließungs- und Auswahlermessen. [2] Das erstere liege vor, wenn es dem Entschluß des Entscheidungsberechtigten überlassen ist, ob überhaupt eine angegebene Rechtsfolge gesetzt werden soll. Bei dem Auswahlermessen hingegen sei zwar vorgeschrieben, daß eine Rechtsfolge zu setzen ist, freigestellt sei aber, welche von mehreren zugelassenen Rechtsfolgen im Einzelfall gelten soll.

Diese Definitionen können auch auf das Zivilrecht übertragen werden; denn die Unterschiede der beiden Rechtsgebiete wirken sich nicht auf die begriffliche Struktur des Ermessens aus. Ermessen kann deshalb nur dann bei § 315 BGB angenommen werden, [3] wenn dem Entscheidungsbefugten die Wahl zwischen mehreren verschiedenen Rechtsfolgen überlassen ist. [4] Die Möglichkeit, zwischen verschiedenen Zahlenwerten zu wählen, begründet noch kein Ermessen. [5]

Ist die bestimmungsberechtigte Partei in § 315 BGB nun befugt, eine Auswahl zwischen verschiedenen Rechtsfolgen zu treffen? Diese Frage kann nicht damit beantwortet werden, daß Ermessen vorliege, weil die Parteien eine Wahlmöglichkeit vereinbart und also Ermessen gewollt haben; [6] denn unklar bleibt dann weiterhin, welchen Umfang und Inhalt diese Wahlmöglichkeit nach dem Willen der Parteien besitzen sollte. Erst wenn feststeht, daß der bestimmungsberechtigte Vertragsteil zwischen mehreren verschiedenen Rechtsfolgen auswählen darf, ist der Schluß gerechtfertigt, eine Ermessensermächtigung zu bejahen.

Soweit ersichtlich, wird für § 315 BGB allgemein angenommen, daß eine Grundlage bestehen muß, von der bei der Ausübung des Bestimmungsrechtes ausgegangen werden kann. [7] Insbesondere müsse als eine solche Grundlage der Geschäftszweck

---

1) in JZ 1952, 705.

2) H. J. Wolff, Verwaltungsrecht I, § 31 II c (S. 152); so auch Drews-Wacke, Allgemeines Polizeirecht, S. 10 2 (S. 159).

3) Die Erörterung wird insoweit auf das Auswahlermessen eingeschränkt, weil nur diese Ermessensart im Rahmen des § 315 BGB in Betracht kommt.

4) Eine solche Wahlmöglichkeit besteht etwa in den §§ 9 HausratsVO, 43 Abs. 2 WEG.

5) So zutreffend Neumann-Duesberg in JZ 1952, 706.

6) So aber Neumann-Duesberg in JZ 1952, 707.

7) Palandt-Danckelmann § 315 Anm. 2 b; Erman-Groepper § 315 Anm. 4; Staudinger-Werner § 315 Anm. I 1; Soergel-Siebert-R. Schmidt § 315 Rdnr. 2.

feststehen. [1] Der bestimmungsberechtigten Partei dürfe daher nur das Recht eingeräumt werden, den Umfang dessen festzulegen, was zur Erreichung dieses Zweckes dienen kann. [2] Keinesfalls dürfe aber die Partei den Geschäftszweck selbst bestimmen. Oertmann führt dann noch als Beispiel an, daß es der Partei überlassen werden kann, den gekauften Gegenstand aus einem größeren Ganzen oder Vermögen auszuwählen, nicht aber zu bestimmen, ob die Leistung etwa in Diensten, Sachen oder Werken bestehen soll. [3]

Diese Einschränkung des Spielraums, in dem die Wahl der Leistung erfolgen darf, ist zutreffend. Wie sollte beispielsweise eine richterliche Festsetzung der Leistung durchgeführt werden können, wenn nicht einmal der Geschäftszweck erkennbar ist?

> Bauer A liefert beispielsweise dem Bauern B 100 Sack Futtergetreide. B kann bestimmen, ob er diese Lieferung bezahlen, dafür Hilfe bei der nächsten Ernte leisten will oder ob er seinen Sohn, der Architekt ist, dazu veranlassen will, kostenlos die Skizzen für Stallungen anzufertigen, die A zu bauen beabsichtigt. - Zu welcher Leistung sollte hier der Richter verurteilen?

Anzunehmen ist daher in der Tat, daß der Inhalt des Vertrages nur dann bestimmbar ist, wenn eine Grundlage besteht, von der die bestimmungsberechtigte Partei bei der Ausübung ihres Rechtes auszugehen hat. Andernfalls ist der Vertrag wegen mangelnder Bestimmbarkeit seines Inhaltes unwirksam.

Fraglich ist nun jedoch, ob diese Definition des Bestimmungsrechts es ausschließt, in § 315 BGB von einer Ermessensermächtigung zu sprechen. Ermessen - so wurde gesagt - läßt die Wahl zwischen mehreren verschiedenen Rechtsfolgen zu. Bei § 315 BGB hat nun die berechtigte Partei nicht die Wahl etwa zwischen verschiedenen Vertragstypen, sondern lediglich das Recht, aus mehreren gleichartigen Gegenständen oder einer Sachgesamtheit diejenige Größe zu bestimmen, die als Leistung geschuldet sein soll. [4] Die Partei darf also nach dem Wert der Gegen-

---

1) So im Anschluß an Oertmann § 315 Anm. 1 a auch Erman-Groepper, Staudinger-Werner und Palandt-Danckelmann a. a. O.

2) Oertmann a. a. O.; Staudinger-Werner a. a. O.

3) Oertmann a. a. O.

4) In diesem Zusammenhang ist jeweils sorgfältig zu prüfen, ob nicht statt eines Bestimmungsrechtes nach § 315 eine Wahlschuld gegeben ist (§ 262). § 315 läge nur vor, wenn zwar der Leistungsvorrat schon feststände, die Einzelleistungen, zwischen denen auszusuchen ist, aber nicht als bestimmte vorgestellt würden; Esser, Schuldrecht, § 42 1 a (S. 147).

leistung den Preis oder die Vergütung festlegen, sie kann aus einer Sachgesamtheit den zu leistenden Gegenstand auswählen; weiterhin mag es ihr überlassen sein, von mehreren in Betracht kommenden Orten jenen zu bezeichnen, an dem erfüllt werden soll. Das gleiche gilt auch hinsichtlich der Lieferzeit. Aus diesen Beispielen geht hervor, daß der berechtigten Partei tatsächlich nicht die Wahl zwischen verschiedenen Rechtsfolgen zusteht. Vielmehr kann sie lediglich aus einem Bereich von Zahlen, körperlichen Gegenständen, Daten, Orten, Beschaffenheitsarten etc. jeweils auswählen, was geschuldet sein soll, wobei zu beachten ist, daß dieser Bereich schon durch den Wert der Gegenleistung und die übrigen Vereinbarungen erheblich eingeengt sein kann. Da somit die bestimmungsberechtigte Partei nicht zwischen mehreren Rechtsfolgen wählen darf, sondern nur die Leistung oder Leistungsmodalitäten aus einem Bereich gleichartiger Größen zu konkretisieren hat, ist der befugten Partei kein Ermessen eingeräumt. Die gegenteilige Auffassung von Neumann-Duesberg - und der wohl herrschenden Meinung, die im Rahmen des § 315 BGB ebenfalls den Begriff "Ermessen" verwendet und sich dabei auf Neumann-Duesberg beruft [1] - ist daher abzulehnen.

Der weitere Schluß wäre nun, daß somit die Leistung gemäß § 315 BGB nach Billigkeit bestimmt werden müßte. Steht dem aber nicht entgegen, daß hier ein Spielraum bei der Leistungsbestimmung gegeben ist, während bei dem unbestimmten Rechtsbegriff "Billigkeit" ein solcher Entscheidungsbereich ausgeschlossen sein soll? In der Tat wäre es schwierig, diese Frage dogmatisch befriedigend zu lösen, wenn das herrschende Verständnis vom Wesen des unbestimmten Rechtsbegriffes zuträfe.

Im Zivilrecht geht die überwiegende Meinung davon aus, daß bei unbestimmten Rechtsbegriffen zumindest der Idee nach nur e i n e Entscheidung richtig sei. [2] Neumann-Duesberg folgert daraus, daß in § 315 BGB Ermessen gelten müsse; denn hätte die Bestimmung nach Billigkeit zu erfolgen, so wäre die einzig richtige Entscheidung bereits als objektive Größe Inhalt des Vertrages und die von den Parteien gewollte Wahlmöglichkeit somit ausgeschlossen. [3] § 315 BGB wäre dann überflüssig.

Ob diese Ansichten zu billigen sind, erscheint zweifelhaft. Einmal ist es fraglich ob die von Neumann-Duesberg gezogene Schlußfolgerung zutreffend ist. Wäre tatsächlich § 315 BGB infolge fehlender Wahlmöglichkeit überflüssig, wenn die Bestimmung nach Billigkeit vorgenommen werden müßte? Verneint werden müßte

---

1) Palandt-Danckelmann § 315 Anm. 2; Larenz, Schuldrecht I, § 8 I a (S. 84).

2) vgl. S. 75.

3) Neumann-Duesberg in JZ 1952, 707.

diese Frage zumindest von jener Meinung, die §§ 315 ff BGB anwenden will, wenn ein "angemessener" Preis vereinbart worden ist; [1] denn "angemessen" ist ebenso wie "billig" ein unbestimmter Rechtsbegriff. Desgleichen müßten auch diejenigen Autoren Neumann-Duesberg widersprechen, nach denen die §§ 315 ff BGB gelten sollen, wenn im Falle der §§ 612 II, 632 II, 653 II BGB die übliche Vergütung einen Spielraum läßt. [2] Wäre nur eine Entscheidung bei unbestimmten Rechtsbegriffen möglich, könnte bei einer "üblichen" Vergütung kein Spielraum für die Entscheidung bestehen.

Damit ist nun schon mittelbar der zweite und wichtigste Einwand gegen die herrschende Meinung geltend gemacht. Bei unbestimmten Rechtsbegriffen ist - wie bereits in anderem Zusammenhang dargelegt [3] - nicht nur eine Entscheidung richtig. Vielmehr umschreiben solche Begriffe einen Tatsachen-, Interessen- oder Wertbereich. [4] Daraus folgt, daß - wäre die Leistung gemäß § 315 BGB nach Billigkeit zu bestimmen - die bestimmungsberechtigte Partei zwischen den Gegenständen des Bereiches zu wählen hätte, der durch den Begriff "Billigkeit" festgelegt ist. Eine Wahlmöglichkeit bestände deshalb auch dann, wenn die Bestimmung nach Billigkeit erfolgen müßte. Die von Neumann-Duesberg geäußerten Bedenken, in diesem Falle wäre § 315 BGB überflüssig, treffen daher nicht zu. Durch diese Wahlmöglichkeit wäre aber auch weiterhin dem Willen der Parteien Rechnung getragen, dem Berechtigten einen Spielraum für die Entscheidung zu eröffnen. Im Ergebnis sind deshalb die von Neumann-Duesberg erhobenen Einwände abzulehnen und zugleich festzuhalten, daß die Bestimmung der Leistung in § 315 BGB nach Billigkeit vorzunehmen ist.

Bei der früheren Untersuchung über die Struktur des unbestimmten Rechtsbegriffes wurde auch abgelehnt, bei diesen Begriffen generell nur eine Entscheidung hinsichtlich des Wertgehaltes als richtig anzusehen. Festgestellt wurde dagegen, daß es durchaus einen Grenzbereich gibt, in dem die Ansichten darüber, ob der betreffende Begriff im Einzelfall richtig angewendet worden ist, auseinander gehen können. [5] Fraglich ist nun, wie dieser Grenzbereich im Rahmen des § 315 BGB zu behandeln ist. Im Verwaltungsrecht gilt für derartige Sachverhalte folgende Regelung:

---

1) RGZ 57,46 (49); RGRK-Wilde § 316 Anm. 1; a.M. Stölzel, Schulung für die civilist. Praxis, S. XIX; auch in ZZP 35,35.

2) Enn.-Lehmann, Schuldrecht, § 5 I 1 d (S. 27); Palandt-Danckelmann § 316 Anm. 3.

3) vgl. S. 75 ff.

4) vgl. S. 78.

5) vgl. S. 75 ff.

Hat eine Behörde einen Tatbestand gewürdigt und ihre Entscheidung gefällt, so soll das Gericht im Zweifel dieser Bewertung und Konkretisierung des Begriffes folgen, sofern sie auf Grund des festgestellten Sachverhaltes vertretbar ist. [1] Diese Auffassung hat auch im Zivilrecht und besonders im Rahmen des § 315 BGB zu gelten. Zwar könnte einer solchen Übertragung der unterschiedliche Gegenstand beider Rechtsgebiete entgegenstehen; denn im Zivilrecht obliegt die inhaltliche Ausgestaltung unbestimmter Rechtsbegriffe zunächst denen, die sie anwenden, und im Vertrag wird schwerlich eine Partei ihre Auffassung von dem Inhalt des Begriffes ausschließlich durchsetzen können. Indes bestehen aber zumindest insofern erhebliche Ähnlichkeiten zwischen dem Verwaltungs- und Zivilrecht, als es die Sachlage in dem § 315 BGB betrifft. Während dort zunächst die Behörde bestimmt, was im Einzelfall als "billig" zu gelten hat, ist es hier eine Partei, die diese Entscheidung trifft. Während dort die vorrangige Entscheidung der Behörde von dem Gesetzgeber vorgeschrieben worden ist, haben hier die Parteien kraft der ihnen eingeräumten Privatautonomie die Bestimmungsbefugnis geregelt. In beiden Fällen prüft gegebenenfalls das Gericht, ob die getroffene Entscheidung zutreffend ist. Diese Ähnlichkeit rechtfertigt es, auch im Rahmen des § 315 BGB der Parteibestimmung für den Grenzbereich Vorrang zu gewähren, soweit sie vertretbar ist. Vor allem wird damit dem Willen beider Parteien Rechnung getragen, nach dem in erster Linie die Wertung des Berechtigten gelten soll.

Als Ergebnis kann somit festgehalten werden: die Leistungsbestimmung hat in § 315 BGB nach Billigkeit zu erfolgen, d.h. die berechtigte Partei hat ihre Entscheidung jenem Bereich zu entnehmen, der nach allgemeiner Ansicht in dem konkreten Fall durch den Begriff Billigkeit umschrieben ist. Dabei mag die Partei bis zu der oberen Grenze dieses Bereiches gehen. Der Richter hingegen hat bei einer Festsetzung der Leistung möglichst den Mittelwert des Spielraumes zu ermitteln. Zu einem solchen Verhalten verpflichtet ihn seine neutrale Stellung zwischen den Parteien. Kann die Entscheidung der Partei aber weder eindeutig als billig noch als unbillig bezeichnet werden, so hat der Richter der Parteiwertung Vorrang zu geben, sofern sie auf Grund des festgestellten Sachverhaltes vertretbar ist. Die unterliegende Partei hat dann insoweit die Folgen ihres Verzichtes auf eine gemeinsame Leistungsvereinbarung zu tragen.

Zum Verständnis des § 315 BGB ist letztlich noch erforderlich, die gesetzliche Wertung zu erschließen, die dieser Vorschrift zugrunde liegt.

Grundsätzlich regeln die Subjekte des Privatrechts ihre jeweiligen Rechtsbereiche selbst, indem sie durch Willenserklärungen ihre Privatautonomiebefugnisse ausüben. Die unterschiedlichen Interessen der Beteiligten und das gegenseitige Stre-

---

1) Ule in Festschrift für Jellinek, S. 326.

ben, diese Interessen durchzusetzen, führen dabei in der Regel zu einem gerechten Interessenausgleich, weil keine Partei eine von ihr als ungerecht empfundene Rechtsfolge auf sich nehmen wird. [1] Dem § 315 BGB ist nun jedoch eigen, daß dieser gegenseitige Interessenausgleich nicht stattgefunden hat. Vielmehr haben die Parteien hier nur einen Teil des Rechtsgeschäfts gemeinsam gestaltet, die Ausgestaltung des anderen Teils aber kraft eigener Privatautonomie einem Vertragspartner überlassen. Dieser Berechtigte bestimmt dann den Inhalt des Rechtsgeschäfts auf Grund seiner eigenen und der ihm übertragenen Privatautonomiebefugnisse. Für diesen von der Regel abweichenden Fall hat nun der Gesetzgeber in § 315 BGB klargestellt, daß die Privatautonomiebefugnisse nicht etwa schon mit der Übertragung der Gestaltungsbefugnis ausgeübt worden sind und daher derjenige, dem das Bestimmungsrecht eingeräumt wurde, in dessen Ausübung völlig frei ist. [2] § 315 BGB bringt vielmehr zum Ausdruck, daß auch die Partei, der fremde Privatautonomiebefugnisse übertragen worden sind, diese nur im Rahmen der Privatautonomiebefugnisse, nämlich der Billigkeit, ausüben darf. [3] Der Gesetzgeber bewertet also die Interessen beider Parteien dahin, daß die bestimmungsberechtigte Partei dem Gebot der Billigkeit unterliegt. [4] Zur Wahrung dieses Gebotes wird die Festsetzung der Leistung durch das Gericht ermöglicht.

Nachdem somit § 315 BGB in seinen tatbestandlichen Voraussetzungen, den zugrunde liegenden Interessen und ihrer Bewertung erhellt worden ist, fragt es sich, ob die Anpassungsklausel, nach der eine Partei anpassungsbefugt ist, dieser Vorschrift subsumiert werden kann. Um diese Frage beantworten zu können, soll zunächst noch einmal der mögliche Aufbau einer Anpassungsabrede in Erinnerung gerufen werden. Es wurde festgestellt, daß die Klausel in Tatbestand und Rechtsfolge bestimmt oder generalklauselartig gefaßt sein kann. Soweit sie Voraussetzungen und Rechtsfolgen bestimmt formuliert, ist es unbedenklich, das Anpassungsrecht einer Partei zu übertragen. Die Zulässigkeit folgt sowohl aus dem Grundgedanken des § 315 BGB als auch aus der anerkannten Tatsache, daß die Parteien das Abänderungsrecht einer Partei übertragen können. [5] Bedenken können sich indes ergeben, wenn einem Vertragsteil die allgemeine Befugnis gewährt wird, den Vertrag veränderten Umständen anzugleichen. Sofern sich eine solche Anpassung

---

1) Schmidt-Rimpler in Festschrift für H. C. Nipperdey, 1955, S. 5.

2) vgl. dazu Lukes in NJW 1963, 1899.

3) Lukes a. a. O. betont zu Recht, daß § 315 BGB insoweit nur eine Grenze der Privatautonomie klarstellt.

4) Es sei denn, die Parteien vereinbaren einen anderen subjektiven Maßstab.

5) vgl. S. 85 f.

als ergänzende Vertragsauslegung darstellen würde, könnten Zweifel daraus hergeleitet werden, daß eine derartige Auslegung nicht durch eine Partei vorgenommen werden darf, wenn eine Anpassungsklausel fehlt. So führt Brox [1] für diese Fälle aus, die Schließung der Vertragslücke dürfe nicht Aufgabe dessen sein, der selbst größtes eigenes Interesse an dem Geschäft habe und dessen Interesse dem des Vertragspartners gerade entgegengesetzt sei. Von diesem Interesse würde sich aber die Partei leiten lassen, wenn sie den Vertragsinhalt zu ergänzen hätte. Dadurch wäre dann der Vertragsmechanismus gestört, der einen richtigen Interessenausgleich gewährleiste, weil keine Partei eine unrichtige Rechtsfolge auf sich nehmen wolle.
Schließt diese Ansicht nun aus, einer Partei durch eine Anpassungsklausel die ergänzende Vertragsauslegung zu übertragen? Diese Frage ist zu verneinen; eine Meinung, die einen solchen Standpunkt vertreten würde, wäre auch abzulehnen. Denn wenn das Gesetz anerkennt, daß es einer Partei überlassen werden kann, die geschuldete Leistung zu bestimmen, so ist nicht einzusehen, warum ein Vertragspartner nicht auch Lücken des Vertrages ausfüllen darf. Interessengebunden und von den eigenen Wünschen beherrscht ist die bestimmende Partei in beiden Fällen. Trotzdem darf sie die Leistung festsetzen oder die Vertragslücke schließen, weil den Vertragspartnern kraft der ihnen eingeräumten Privatautonomie das Recht zusteht, einen Vertragsinhalt zu vereinbaren, der das Interesse einer Partei besonders berücksichtigt. Sofern dabei die Grenzen der Privatautonomie gewahrt bleiben, kann einem solchen Parteiwillen nicht die Geltung versagt werden.

Ist somit auch anzuerkennen, daß einer Partei das Anpassungsrecht übertragen werden kann, so könnte es doch zweifelhaft sein, wie dieses Recht dogmatisch zu erfassen ist. Dem § 315 BGB könnte es nur zugeordnet werden, wenn die Klausel eine Pflicht zur Anpassung enthält, [2] zudem der vereinbarte Anpassungsmaßstab den Voraussetzungen dieser Vorschrift entspricht und § 315 BGB überhaupt auf die nachträgliche Änderung einer Leistung durch einen Vertragsteil anzuwenden wäre.

Zu der letzten Vorbedingung kann gesagt werden, daß weder der Wortlaut noch die Motive die Geltung der Norm ausschließlich auf jenen Fall erstrecken, in dem

---

1) Brox, Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung, S. 121; so auch Rhode, Willenserklärung und der Pflichtgedanke im Rechtsverkehr, S. 58; Düringer-Hachenburg-Bing, HGB, § 182 Anm. 24; a.M. Weipert in RGRK-HGB § 105 Anm. 61; R. Schmidt in Soergel-Siebert § 315 Rdnr. 12.

2) Daß auch § 315 BGB eine Pflicht zur Bestimmung voraussetzt, wird nachgewiesen, wenn die Ansprüche der Parteien geprüft werden.

die anfänglich unbestimmte Leistung festzusetzen ist. Die herrschende Meinung vertritt dann auch den Standpunkt, daß die nachträgliche Änderung einer Leistung durch eine Partei nach § 315 BGB behandelt werden kann. [1] Dieser Ansicht ist zuzustimmen, weil die Interessenlage in beiden Fällen insofern gleich ist, als die nicht befugte Partei stets darauf bedacht sein wird, auch ihre Belange notfalls wahren zu können. § 315 BGB trägt diesem Bedürfnis Rechnung.

Um die Anpassungsklausel aber dem § 315 BGB zuzuordnen, ist es weiterhin erforderlich, daß sie auch in den vereinbarten subjektiven Maßstäben den Voraussetzungen der Vorschrift entspricht. Festgestellt wurde, daß die Bestimmung gemäß § 315 BGB nach Billigkeit zu erfolgen hat. Demnach können jene Klauseln, die diesen Maßstab vorsehen (und zudem zur Anpassung verpflichten), dem § 315 BGB subsumiert werden. Das gleiche gilt für andere Maßstäbe, soweit sie in ihrem Wertgehalt der Wertung entsprechen, die durch den Begriff Billigkeit ausgedrückt werden soll (z. B. Treu und Glauben). Ist nicht besonders vereinbart und in der Klausel niedergelegt worden, welcher Maßstab zu gelten hat, so greift ebenfalls § 315 BGB als Auslegungsregel ein, d. h. auch hier hat der Anpassende das Gebot der Billigkeit zu beachten.

Wie wäre aber die Frage nach der Rechtsnatur der Anpassungsklausel zu beantworten, wenn die Parteien Ermessen vereinbart haben, wenn sie also gerade wollten, daß der Anpassungsbefugte zwischen mehreren gleichwertigen Ergebnissen wählen darf? [2] Kann auch diese Klausel nach § 315 BGB behandelt werden?

Nach der hier vertretenen Auffassung, die davon ausgeht, daß die Bestimmung in § 315 BGB nach Billigkeit vorzunehmen ist, könnten diese Fragen zu verneinen sein. Die herrschende Meinung hingegen würde zunächst die weitere Frage stellen, ob "billiges" oder "freies" Ermessen vereinbart worden sei; denn nur das erstere soll unter § 315 BGB fallen. [3] Allerdings ware auch diese Unterscheidung

---

1) Soergel-Siebert-R. Schmidt § 315 Rdnr. 2; RGRK-Wilde § 315 Anm. 1; Oertmann § 315 Anm. 1 b; Enn.-Lehmann, Schuldrecht, § 5 I 1 d (S. 27); Bötticher, Gestaltungsrecht und Unterwerfung im Privatrecht, S. 6.

2) Ob Ermessen gewollt war, kann nicht nur daraus abgeleitet werden, daß die Parteien dieses Wort verwendet haben. Vielmehr muß stets im Einzelfall durch Auslegung geprüft werden, inwieweit tatsächlich eine Wahlmöglichkeit zwischen verschiedenen Rechtsfolgen gelten sollte. Zu beachten ist dabei auch, daß bei einer Aufzählung verschiedener Wahlmöglichkeiten eine Wahlschuld vorliegen kann. Ermessen ist nur gewollt, wenn die Parteien lediglich die Grenzen des Wahlbereiches, nicht aber dessen Gegenstände vereinbart haben.

3) Palandt-Danckelmann § 315 Anm. 2a; Erman-Groepper § 315 Anm. 4; RGRK-Wilde § 315 Anm. 2.

nicht befriedigend, weil sie keine sicheren Abgrenzungskriterien an die Hand zu geben vermag. Allein nach negativen Merkmalen zu trennen, nämlich dem Maß der Ungerechtigkeit, [1] ist ebenso unbefriedigend und unzuverlässig wie jene Meinung, die nach dem Umfang fragt, in dem die eigenen Interessen des Bestimmenden berücksichtigt werden dürfen. [2] Richtiger ist es daher, nur einen Ermessensbegriff zugrunde zu legen [3] und dessen Schranken eindeutig zu bestimmen. [4]

Unterfällt nun aber eine Klausel, in der Ermessen vorgesehen ist, dem § 315 BGB? Zu erinnern ist daran, daß die ursprüngliche Leistung nach Billigkeit festgesetzt werden muß, weil die Wahlfreiheit der Partei durch das Erfordernis der Bestimmbarkeit des Vertragsinhaltes erheblich eingeschränkt ist. Dieser Gesichtspunkt gilt nicht in gleichem Maße für die nachträgliche Änderung einer Leistung. Hier sind sowohl durch den gegebenen Vertragsinhalt als die festgestellte Änderung der Umstände Merkmale vorhanden, die es ermöglichen, eine vollzogene Anpassung auf ihre Vereinbarkeit mit dem Parteiwillen und dem Gebot der Billigkeit zu überprüfen. Infolgedessen wäre zwar eine Vereinbarung wirksam, die das "wie" der Anpassung dem Ermessen einer Partei anheimstellt. Jedoch könnte diese Klausel nicht unmittelbar dem § 315 BGB subsumiert werden; denn diese Vorschrift berücksichtigt nicht jene Überlegungen der Zweckmäßigkeit, die bei einer Ermessensermächtigung maßgeblich sein können. Gerechtfertigt erscheint es aber, § 315 BGB analog anzuwenden, weil zumindest die Interessenlage in beiden Fällen vergleichbar ist. Die Anpassung hat deshalb in der Weise zu erfolgen, daß die konkrete Art der Rechtsfolge (Änderung der Leistung, Vertragsdauer etc.) nach Zweckmäßigkeit, die inhaltliche Ausgestaltung dieser Rechtsfolge (um wieviel Jahre soll die Vertragsdauer gekürzt werden?) nach Billigkeit durchzuführen ist.

Schließlich bleibt noch zu fragen, ob das "wie" der Anpassung auch dem Belieben einer Partei anheimgestellt werden kann. Für die ursprüngliche Leistungsbestim-

---

1) So soll eine Entscheidung nach freiem Ermessen unverbindlich sein, wenn sie "offenbar ungerecht" ist; Enn.-Lehmann, Schuldrecht, § 5 I 1 (S. 26 Fußn. 3); RG WarnRspr 1909 Nr. 395. Eine nähere Bestimmung dieses Begriffes dürfte nicht möglich sein; die offenbare Ungerechtigkeit ist daher "ein Erlebnis; man hat es oder man hat es nicht." (So Sarstedt, Revision in Strafsachen, S. 277, für die offensichtliche Unbegründetheit der Revision in § 349 Abs. 2 StPO).

2) Schlegelberger-Hefermehl § 375 Rdnr. 18.

3) H. J. Wolff, Verwaltungsrecht I, § 31 II c 4 (S. 153) bezeichnet den Ausdruck "Freies Ermessen" als Pleonasmus.

4) vgl. RGZ 167, 225 (235).

mung wird dies bejaht. [1] Soweit dann jedoch behauptet wird, eine solche Bestimmung habe ebenfalls nach Treu und Glauben zu erfolgen, [2] ist nicht ersichtlich, worin ein Unterschied zu dem Fall des § 315 BGB bestehen soll. Zutreffend ist es daher, bei einer Bestimmung oder Anpassung nach Belieben insofern einen anderen Rahmen zu setzen, als der Berechtigte nur seine Interessen zu berücksichtigen braucht und dabei lediglich die Grenzen der guten Sitten sowie das Verbot des Rechtsmißbrauchs und der Willkür zu achten hat. [3] Dadurch wird dann auch deutlich, daß eine solche Klausel nicht dem § 315 BGB zugerechnet werden kann. Sie ist vielmehr dogmatisch jenem Bereich zuzuweisen, der den Parteien in den Schranken der Vertragsfreiheit zur freien Gestaltung überlassen ist.

Als Ergebnis ist somit festzustellen: Anpassungsklauseln, die bei bestehender Anpassungspflicht das "wie" der Änderung nach Billigkeit oder einem in seinem Wertgehalt vergleichbaren Maßstab sowie nach Ermessen bestimmen lassen wollen, sind dogmatisch dem § 315 BGB zuzuordnen. Ist ein umfassenderer subjektiver Maßstab gewollt, muß die Klausel als eine vertragliche Abrede betrachtet werden, die Ausfluß der Vertragsfreiheit ist.

2) Die Maßstäbe der Anpassung

a) Erfolgt die Anpassung durch eine Partei, so ist zunächst zu unterscheiden, ob die Klausel nach den entwickelten Merkmalen dogmatisch dem § 315 BGB oder dem Bereich freier vertraglicher Gestaltung zuzuordnen ist. Soweit § 315 BGB gilt, ist weiterhin zwischen einer Anpassung nach Billigkeit [4] und Ermessen zu trennen.

Bei einer Angleichung des Vertrages nach Billigkeit stellt sich für den Anpassenden zuerst die Frage, inwieweit eine Änderung bestimmter oder allgemeiner Umstände den Tatbestand der Anpassungsklausel erfüllt. Enthält die Klausel eine bestimmte Bezugsgröße, deren Veränderungen das Anpassungsrecht auslösen, ist diese Frage in der Regel zweifelsfrei zu beantworten. Anders ist es hingegen

---

1) Heck, Schuldrecht, § 53,3 (S. 157); Leonhard, Schuldrecht I, § 33 (S. 87); Blomeyer, Allg. Schuldrecht, § 4 II 3 (S. 26); Erman-Groepper § 315 Anm. 4; Palandt-Danckelmann § 315 Anm. 2 a.

2) R. Schmidt in Soergel-Siebert § 315 Anm. 5.

3) BAG NJW 1957, 648; RGRK-Wilde § 315 Anm. 2.

4) Im folgenden wird zwar nur der Begriff Billigkeit verwendet, die Ausführungen gelten jedoch für alle in ihrem Wertgehalt der Billigkeit entsprechenden Begriffe.

bei einem allgemeinen Tatbestand. Hier hat der Berechtigte das Vorliegen der Anpassungsvoraussetzungen nach Art, Ausmaß und Ursache der Änderung zu prüfen.[1] Dabei sind einerseits die Änderungen objektiv festzustellen, andererseits ist dann aber stets zu ermitteln, ob die Berücksichtigung dieser Änderung gewollt war.[2] Ergibt sich danach, daß eine Anpassung vorgenommen werden muß, hat die berechtigte Partei sich den Inhalt, Zweck und Sinn des Vertrages zu vergegenwärtigen,[3] wobei sie bemüht sein muß, den objektiven Sinn und Zweck festzustellen, und nicht die eigenen Zwecke zum Vertragsinhalt zu erheben.

Weiterhin hat der Anpassungsbefugte zu ermitteln, welche Interessen, Wünsche und Absichten der Vertragspartner mit dem bestehenden Vertrag verfolgt. Allerdings braucht der Berechtigte dabei nicht, wie es die abgelehnte subjektive Auslegungsmethode fordern würde,[4] den wirklichen Willen des anderen zu erforschen. Vielmehr genügt es, wenn er die Begehrensvorstellungen seines Partners aus dem ihm zugänglichen Quellenmaterial, d.h. also letztlich aus dem gesamten Erklärungstatbestand feststellt.
Schließlich hat er noch zu berücksichtigen, wie diese Interessen des Partners mit seinen eigenen Wünschen und Absichten abgestimmt und ausgeglichen worden sind und welche Momente auf beiden Seiten für den Interessenausgleich in der erzielten Form bestimmend waren.

Steht der Inhalt des Vertrages fest, soweit er für die Anpassung von Bedeutung ist, so hat der Berechtigte diesen ermittelten Sinn- und Zweckzusammenhang für die neue Sachlage weiterzudenken. Sein Bestreben muß insofern darauf gerichtet sein, die ursprünglich erreichte Interessenbewertung auf die veränderte Situation zu übertragen. Ohne große Mühen ist dieses Ziel allerdings nur dann zu erreichen, wenn sich ein Wertungsfaktor geändert hat. In diesem Falle braucht in der Regel nur die Gesamtwertung in dem Umfang geändert zu werden, wie sich der einzelne Wertungsfaktor gewandelt hat (z.B. bei Lohn- oder Preiserhöhungen). Entfällt hingegen die Wertungsgrundlage infolge der Änderung, hat der Berechtigte in der Weise, wie es früher für den Richter entwickelt worden ist,[5] zu versuchen, eine den

---

1) vgl. S. 21 ff.

2) So sollen etwa Freizeichnungsklauseln allgemein nur dazu berechtigen, den Lieferpreis eventuellen Konjunkturschwankungen anzupassen, nicht jedoch die etwa durch eine Währungsänderung entstandenen Nachteile auf die andere Partei abzuwälzen; OGHZ 4,165 (170); Erman-Groepper § 315 Anm. 9. Dieser Ansicht ist nur für den Fall zuzustimmen, daß eine solche Einschränkung aus dem Vertrag zu entnehmen ist.

3) vgl. S. 29 ff.

4) vgl. S. 30 f.

5) vgl. S. 35 ff.

veränderten Umständen angemessene Wertung zu finden. Den Inhalt der Anpassung hat er jedoch auch hier daran zu prüfen, ob das Ergebnis dem allgemein Üblichen, der Verkehrssitte, entspricht und den Interessen des Partners gerecht wird. Kann dies bejaht werden, ist also die Änderung ein gerechter Interessenausgleich, hat der Berechtigte das Gebot der Billigkeit gewahrt. Seine Vertragsanpassung ist demnach verbindlich.

Ist das "wie" der Anpassung dem Ermessen des Berechtigten anheimgestellt, hat dieser zunächst ebenfalls den Inhalt, Sinn und Zweck des Vertrages zu ermitteln sowie die Änderung festzustellen. Anschließend hat er dann aber die Wahl zu entscheiden, in welcher Hinsicht der Vertrag geändert werden soll. Zweckmäßigkeit und Billigkeit sind dabei als Richtlinien zu beachten. [1] Demzufolge ist zunächst zu fragen, wie der Vertrag am zweckmäßigsten zu ändern ist, um ihn den neuen Verhältnissen anzugleichen. Sodann ist dieser mögliche Inhalt der Anpassung darauf zu prüfen, ob die Abänderung auch dem Gebot der Billigkeit entspricht. Der Berechtigte muß also insoweit die Interessen seines Partners berücksichtigen sie den eigenen Wünschen abwägend gegenüberstellen und dann entscheiden, inwieweit das nach den Gesichtspunkten der Zweckmäßigkeit ermittelte Ergebnis auch die Billigkeit wahrt. [2]

In jedem Falle, gleichgültig, ob die Anpassung nach Billigkeit oder Ermessen vorzunehmen war, ist somit die Angleichung in ihrem Ausmaß verbindlich, wenn sie sich unter Berücksichtigung des vertraglichen Sinn- und Zweckzusammenhanges, des beiderseitigen Interesses und des allgemein Üblichen sowie des Sinnes der Klausel als sachlich begründet und persönlich zumutbar darstellt, d.h. wenn sie "billig" ist.

Ist es dem Belieben des Berechtigten anheimgestellt, das Ausmaß der Abänderung zu bestimmen, so unterscheidet sich die Methode der Anpassung von der bisher dargelegten in zweierlei Hinsicht. Einmal braucht der Anpassende nicht die Interessen seines Partners zu berücksichtigen, d.h. er kann sich von den eigenen Wünschen und Vorstellungen leiten lassen. Zum anderen sind die Grenzen, in denen die Anpassung noch wirksam ist, weiter gezogen. Als Ausfluß der ersten Eigenart bestehen lediglich die Schranken, das Gebot der guten Sitten und das Verbot des Rechtsmißbrauchs sowie der Willkür zu beachten.

---

1) Daß bei einer Ermessensentscheidung Zweckmäßigkeitsfragen im Vordergrund stehen, betonen u.a. Westermann, Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidung im Zivilrecht, S. 37; Larenz, Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, S. 168; vgl. hier auch S. 80 f.

2) vgl. auch S. 96.

b) Die Anpassung kann nun aber auch durch den Richter vorzunehmen sein. Dabei könnten die Maßstäbe, von denen sich der Richter leiten lassen müßte, von der dogmatischen Einordnung der Anpassungsklausel abhängen.

Soll die Anpassung auf Grund einer Klausel erfolgen, die nach § 315 BGB zu behandeln ist, ohne daß Ermessen vereinbart wurde, so hat der Richter zunächst festzustellen, ob es sich um eine Änderung handelt, die den Tatbestand der Klausel erfüllt. Daneben ist der Sinn der Anpassungsklausel und der Vertragsinhalt zu ermitteln. Aus diesen beiden Größen ist dann unter Berücksichtigung des allgemein Üblichen und der beteiligten Interessen Art und Inhalt der Anpassung zu bestimmen.

Gilt diese Methode nun auch, wenn die Parteien eine Ermessensentscheidung vereinbart haben, d. h. § 315 BGB analog anzuwenden ist? Darf der Richter hier ebenfalls nach Ermessen entscheiden? Soweit nach § 315 Abs. 3 BGB vorzugehen und damit nach Billigkeit zu urteilen ist, übt der Richter keine Ermessenstätigkeit aus. Anders könnte es jedoch sein, wenn § 315 BGB analog auf die Ermessensvereinbarung angewendet wird. Hier könnte gesagt werden, das Gericht trete an die Stelle der ermessensberechtigten Partei und handele daher selbst nach Ermessen. [1] Indes wäre diese Überlegung abzulehnen; denn die Stellung des Gerichts ist eine ganz andere als die der Partei. [2] Aber auch das Argument, die Parteien hätten eine Wahlmöglichkeit gewollt und diese Vergünstigung müsse dem Bestimmungsberechtigten ebenfalls bei einem Eingreifen des Gerichts verbleiben, kann nicht eine Ermessensentscheidung des Gerichts rechtfertigen. [3] Letztlich würde nämlich auch diese Ansicht darauf hinauslaufen, die Art der richterlichen Tätigkeit von dem Parteiwillen abhängig zu machen.
Richtig dürfte es sein, sich zunächst zu vergegenwärtigen, daß eine Ermessensentscheidung in erster Linie nach Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten zu erfolgen hat. Die Tätigkeit des Richters besteht nun aber gerade nicht darin, nach Zweckmäßigkeit zu entscheiden. Vielmehr hat er gesetzliche Wertungen anzuwenden, wobei sein Bestreben auf die in der jeweiligen Norm konkretisierte Gerechtigkeitsidee bezogen sein muß. [4] Zweckmäßig hat eine Entscheidung allenfalls nur insofern zu sein, als sie "zum Vorteil der Beteiligten und noch mehr der Allgemein-

---

1) So Sieg in NJW 1951, 509.
2) Das hebt mit Recht Neumann-Duesberg in JZ 1952, 707 hervor.
3) So jedoch Neumann-Duesberg a. a. O.
4) Westermann, Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidung im Zivilrecht, S. 16 f, 36. - Dadurch ist auch die Bindung des Richters an das Gesetz definiert; sie ist Bindung an die Wertung des Gesetzes (Westermann, a. a. O., S. 25).

heit die Nutzung des Streitgegenstandes und seine Erhaltung" möglichst sichert.[1] Wenn dennoch einzelne Vorschriften den Richter zur Entscheidung reiner Zweckmäßigkeitsfragen ermächtigen,[2] widerspricht diese Befugnis dem Bild vom Richter, welches unserer Rechtsordnung zugrunde liegt. Dieser Widerspruch wird insbesondere auch dadurch verdeutlicht, daß die richterliche Entscheidung von Zweckmäßigkeitsfragen zum Teil dem Bereich der Verwaltung zugeordnet wird.[3] Daher erscheint es angebracht, Zweckmäßigkeitsentscheidungen des Richters nur in Ausnahmefällen zuzulassen.[4]

Werden diese Überlegungen berücksichtigt, so ist zu erkennen, daß die oben erwähnten Argumente nicht geeignet sind, die Notwendigkeit einer gerichtlichen Ermessensentscheidung zu bejahen. Von dem Parteiwillen kann es jedenfalls keineswegs abhangen, welche Maßstäbe insoweit für den Richter zu gelten haben. Andere Gründe für eine gerichtliche Ermessensentscheidung sind aber nicht ersichtlich. Deshalb hat der Richter auch bei jener Anpassungsklausel, die ausnahmsweise Ermessen einräumt, nach Billigkeit zu entscheiden. Lassen sich für eine solche Entscheidung keine hinreichenden Maßstäbe aus der Klausel entnehmen, ist die Abrede als unwirksam anzusehen.

Letztlich ist dem Richter auch im Rahmen des § 315 BGB das Recht übertragen, die von einer Partei vorgenommene Anpassung darauf zu überprüfen, ob sie billig und damit verbindlich ist. Sofern nach Billigkeit anzugleichen war, ist das Ergebnis verbindlich, wenn der Berechtigte nicht von einem unzutreffenden Sachverhalt ausgegangen ist, keine sachfremden Erwägungen zugrunde gelegt und den vorgegebenen Wertungsrahmen nicht überschritten hat. Ergibt sich, daß der Berechtigte bis an die obere Grenze des Bereiches gegangen ist, der durch den Begriff Billigkeit umschrieben wird, ist die Änderung trotzdem verbindlich, soweit sie in ihrem Wertgehalt noch vertretbar ist. Wie früher dargelegt,[5] gilt dies auch für jene Fälle, die in dem Grenzbereich angesiedelt sind, in dem begründete Meinungsverschiedenheiten über die Billigkeit des Ergebnisses bestehen können.

---

1) Westermann, a.a.O., S. 20.

2) z.B. §§ 9 HausratsVO, 43 Abs. 2 WEG.

3) Daß es sich funktionell um eine Verwaltungsaufgabe handelt, behauptet Gensior, "Elastische" Vorschriften im Agrarrecht im Gebiet der ehemals Britischen Zone Deutschlands, Diss. Münster 1956, S. 82 ff. Ferner Oeschey in AöR 68 (N.F. 29), 44 und Wieacker in AöR 68, 3, 5, 7, 11.

4) Westermann, a.a.O., S. 40.

5) vgl. S. 92 f.

Ähnlich hat der Richter zu verfahren, wenn die Anpassung dem Ermessen überlassen war. Auch hier hat er zu fragen, ob der Berechtigte sowohl bei der Ermittlung der vertraglichen Bestimmung, die geändert werden soll, als auch bei dem festgesetzten Ausmaß der Änderung von einem zutreffenden Sachverhalt ausgegangen ist, sach- und zweckgemäße Erwägungen angestellt und schließlich den vorgezeichneten Wertungsrahmen eingehalten hat. Solange dabei die Parteianpassung nach den Gesichtspunkten der Billigkeit noch vertretbar ist, hat der Richter sie als verbindlich anzusehen.

Haben die Parteien vereinbart, die Anpassung solle nach Belieben erfolgen, d.h. nach einem erheblich weiteren Maßstab als dem der Billigkeit, so bedeutet dies nicht, daß auch der Richter gegebenenfalls nach Belieben entscheiden darf. Aus seiner Stellung, Aufgabe und letztlichen Bindung an die in einer Norm konkretisierte Gerechtigkeitsidee ergibt sich, daß er eine gerechte Entscheidung zu treffen hat. Gerecht ist aber die Anpassung, die die Interessen beider Parteien berücksichtigt und abwägt und somit einen Interessenausgleich erzielt. Daher wird der Richter unabhängig von dem vereinbarten Belieben den Inhalt der Anpassung nach dem Grundsatz von Treu und Glauben gewinnen. Unerheblich ist dabei, daß der Berechtigte insoweit seines weiteren Anpassungsspielraumes verlustig geht; denn da der Richter nur dann den Vertrag angleichen kann, wenn der Berechtigte seine Befugnis nicht oder nicht ordnungsgemäß ausgeübt hat, ist der Verlust des Anpassungsrechts letztlich nur eine berechtigte Sanktion für das vertragswidrige Verhalten.

Ist hingegen eine nach Belieben erfolgte Bestimmung zu überprüfen, so hat der Richter den von den Parteien gewollten weiten Rahmen zu beachten. Er darf also lediglich fragen, ob die vorgenommene Anpassung nicht gegen die guten Sitten verstößt oder sich allgemein als Rechtsmißbrauch darstellt. Desweiteren darf der Berechtigte nicht von einem unzutreffenden Sachverhalt ausgegangen sein oder aus sachfremden Motiven gehandelt haben, d.h. die Entscheidung darf nicht willkürlich ergangen sein. [1)]

3) Die Ansprüche und Klagemöglichkeiten der Parteien

a) Entsprechend der vereinbarten Anpassungspflicht könnte sich aus der Anpassungsklausel ein Erfüllungsanspruch ergeben, der auf die Ausübung des Anpassungsrechts, genauer auf die Abgabe der Anpassungserklärung, gerichtet wäre. Ob ein solcher Anspruch bei den Klauseln besteht, die dogmatisch dem § 315 BGB zuzu-

1) Neumann-Duesberg in JZ 1952, 707.

ordnen sind, könnte dem insoweit zur ursprünglichen Leistungsbestimmung vorliegenden Meinungsstand entnommen werden. Bei der ursprünglichen Leistungsbestimmung sollen die Rechte und Pflichten davon abhängen, wer bestimmungsberechtigt ist.

Hat der Gläubiger, d.h. derjenige, der die festzusetzende Leistung zu fordern hat, die Leistung zu bestimmen, so soll er nach einer Meinung zu dieser Bestimmung verpflichtet sein. Diese Pflicht folge aus seiner Gläubigerstellung, die auch eine Pflichtenstellung sei. [1] Außerdem sei sie dem § 315 Abs. 3 BGB zu entnehmen; denn "verzögert" könne eine Leistung nur werden, wenn zu ihrer Erbringung eine Pflicht besteht. [2] Allerdings käme der Gläubiger bis zur Bestimmung nicht in Schuldnerverzug. Er könne lediglich gemäß § 295 BGB in Annahmeverzug gesetzt werden.

Die Gegenmeinung lehnt eine Verpflichtung des Gläubigers zur Bestimmung ab. [3] Sie bejaht jedoch, daß der Gläubiger in Annahmeverzug gesetzt werden kann. [4] - In jedem Falle kann der Schuldner bei einer verzögerten Bestimmung gemäß § 315 Abs. 3 BGB die gerichtliche Festsetzung der Leistung erreichen.

Diese Möglichkeit steht auch dem Gläubiger zu, wenn der Schuldner die Leistung bestimmen soll. Daneben soll aber hier das Bestimmungsrecht eine Schuldnerpflicht sein, so daß der Gläubiger gegebenenfalls Ansprüche wegen Verzuges geltend machen kann. [5] Dem wird jedoch von anderer Seite wiederum entgegengehalten, daß der Gläubiger bei einer Verzögerung gemäß § 315 Abs. 3 BGB vorgehen kann. Der Schuldner sei daher nicht zur Bestimmung verpflichtet. [6]

Aus dieser kurzen Darstellung ist ersichtlich, daß der Meinungsstand zur Frage der ursprünglichen Leistungsbestimmung ein Meinungsstreit ist. Somit besteht in dieser Hinsicht kein zweifelsfreier Anhaltspunkt, von dem aus die Pflichtenstellung bei der Anpassungsklausel geklärt werden könnte. Zwar mag nun deshalb gesagt werden, daß die verschiedenen Ansichten zur ursprünglichen Leistungsbestimmung nicht interessieren, weil hier lediglich die Anpassungsklausel zu untersuchen sei. Indes folgt daraus, daß auch die Anpassungsabrede dem § 315 BGB

---

1) Palandt-Danckelmann § 315 Anm. 3 a.
2) Staudinger-Werner § 315 Anm. II 2 a.
3) RG JW 1912, 386; Erman-Groepper § 315 Anm. 6a aa; Enn.-Lehmann, Schuldrecht, § 5 I 1 c (S. 26).
4) Erman-Groepper a.a.O.
5) RGRK-Wilde § 315 Anm. 3; Oertmann § 315 Anm. 4 a; Frman-Groepper § 315 Anm. 6 b aa.
6) Blomeyer, Allg. Schuldrecht, § 4 II 4 (S. 26); R. Schmidt in Soergel-Siebert § 315 Rdnr. 8.

zugeordnet werden soll, die Notwendigkeit, Anpassung und ursprüngliche Bestimmung der Leistung innerhalb dieser Vorschrift einheitlich zu behandeln. Die Pflichtenstellung der Parteien bei der Leistungsbestimmung ist daher auf die bei der Anpassung bestehenden übertragbar, soweit nicht aus der besonderen Gestaltung der Klausel eine abweichende Regelung geboten ist.

Bei der Frage, welche Pflichten bei der ursprünglichen Leistungsbestimmung anzunehmen sind, ist von den Abreden auszugehen, die die Parteien getroffen haben. Stimmten die Parteien darin überein, daß der Berechtigte auch verpflichtet sein sollte, besteht diese vertragliche Pflicht, und zwar unabhängig davon, welche Stellung der Verpflichtete im Vertrag einnimmt. Damit ist aber noch keine Aussage darüber getroffen, welche Intensität und welcher Grad des Zwanges dieser Pflicht beizulegen ist. Eine Verbindlichkeit wäre sie nur dann, wenn ihre schuldhafte Verletzung wenigstens einen Schadensersatzanspruch des Nichtberechtigten begründen würde. [1] Ob diese Voraussetzung gegeben ist, die Pflicht also als Verbindlichkeit bezeichnet und dem anderen damit ein entsprechender Anspruch auf Ausübung der Pflicht eingeräumt werden muß, könnte nun allerdings von der Stellung des Berechtigten im Vertragsgefüge abhängen, denn - wie früher bereits dargelegt [2] - ist von einem Anspruch nur zu sprechen, wenn die Erfüllung der dem Anspruch korrespondierenden Verbindlichkeit gerade im Interesse des Anspruchsinhabers erfolgen soll.

Ist nun der Schuldner zur Leistungsbestimmung berechtigt, so hat der Gläubiger ein Interesse daran, daß sein Anspruch auf die Leistung durch den Schuldner konkretisiert wird. Dem Schuldner obliegt es daher, die Leistung zu bestimmen. Diese Pflicht ist eine Verbindlichkeit, weil dem Gläubiger bei ihrer schuldhaften Verletzung zumindest ein Schadensersatzanspruch zuzubilligen ist.

> A hat beispielsweise dem Kunsthändler B ein wertvolles Gemälde verkauft. B soll bis spätestens zum 15. des laufenden Monats den Preis bestimmen, weil A an diesem Tag einen Wechsel einlösen muß. Ist A jedoch am 15. Inhaber einer bezifferten Forderung gegen den als zahlungsfähig bekannten B, wird er von seiner Bank gegen Abtretung der Forderung einen Kredit für die Einlösung des Wechsels erhalten. Da B seiner Pflicht schuldhaft nicht nachkommt und die Bank eine unbezifferte Forderung nicht als ausreichende Sicherheit ansieht, um einen Kredit gewähren zu können, kann A den Wechsel nicht einlösen. - Hier besteht in der Tat ein Bedürfnis dafür, B zum Ersatz des Schadens zu verpflichten, den A aus der schuldhaften Nicht-

---

1) R. Schmidt, Die Obliegenheiten, S. 36, 314; Planck-Siber Vorbem. III c 3 a (S. 25) vor § 241; vgl. hier auch S. 55 f.

2) vgl. S. 53 f.

bestimmung erlitten hat. Ihn, den A, lediglich auf die Klage nach § 315 Abs. 3 BGB zu verweisen, befriedigt nicht.

Damit ist auch zugleich dargelegt, daß der bestimmungsberechtigte Schuldner bei einer schuldhaften Verzögerung der fälligen Leistungsbestimmung in Verzug gesetzt werden kann (§§ 284 ff BGB). Ob der Gläubiger allerdings ebenfalls die Rechte aus § 326 BGB geltend machen kann, ist insoweit noch nicht entschieden. Diese Frage kann nur bejaht werden, wenn die Parteien der Bestimmungspflicht eine derartige Bedeutung beigelegt haben, daß sie als Hauptleistung im Sinne des § 326 BGB anzusehen ist. [1] Deshalb kann nur von Fall zu Fall entschieden werden, inwieweit die Rechte aus § 326 BGB zuzubilligen sind.
Hat nun der Gläubiger die Leistung zu bestimmen, kann diese Pflicht nur in den Fällen als Verbindlichkeit bezeichnet werden, in denen der Schuldner ein Interesse an der Bestimmung hat und ihm daher ein Anspruch auf die Festsetzung zuzusprechen ist. Dabei muß es sich aber um ein solches Interesse handeln, daß ein Bedürfnis besteht, bei schuldhafter Nichtbestimmung einen Schadensersatzanspruch anzunehmen. Eine derartige Interessenlage wird jedoch nur in Ausnahmefällen gegeben sein, weil dem Schuldner im allgemeinen durch eine verspätete Bestimmung keine Nachteile erwachsen. Denkbar ist aber, daß dem Schuldner an einer fristgemäßen Bestimmung sehr gelegen ist.

Der Handelsvertreter A, der sich gerade in der Stadt X befindet, erleidet einen Schaden an seinem PKW. Er bringt ihn in die Werkstatt des B. Dieser erklärt sich bereit, den Wagen bis zum nächsten Tag zu reparieren. Als A am nächsten Tag - einem Donnerstag - den PKW abholen möchte, ist zwar die Reparatur abgeschlossen, B hat aber noch nicht den Preis errechnet. (Eine übliche Vergütung ist wegen der Besonderheit dieser Reparatur nicht vereinbart.) B, dem alle Umstände bekannt sind, erklärt sich bereit, die Rechnung bis zum nächsten Tag zu erstellen. A könne den Wagen dann um 8^{00} Uhr gegen Bezahlung abholen. Als A zu diesem Zweck am nächsten Tage vorspricht, teilt ihm der Geselle mit, daß B am Vorabend zu einem Wochenendausflug abgereist sei, die Rechnung aber nicht ausgestellt habe. Vermutlich habe er sie vergessen. Den PKW könne er, der Geselle, aber nicht an den unbekannten und ortsfremden A herausgeben.

In solchen Fällen wäre es interessenwidrig und unbillig, den Gläubiger nicht zum Ersatz des Schadens zu verpflichten, der dem Schuldner durch die schuldhaft verzögerte Bestimmung der Leistung entstanden ist. Entgegen der wohl herrschenden Meinung ist daher anzunehmen, daß auch der bestimmungsberechtigte Gläubiger insoweit in Schuldnerverzug geraten und schadensersatzpflichtig werden kann.

---

1) RGRK-Wilde § 326 Anm. 6.

Fraglich bleibt somit nur noch, ob dem Gläubiger in den Regelfällen, in denen der Schuldner kein schutzwürdiges Interesse an der Bestimmung hat, eine Pflicht zur Leistungsbestimmung obliegt. Entsprechend dem Parteiwillen ist diese Frage zu bejahen. Allerdings ist dabei festzustellen, daß diese Pflicht minderer Zwangsintensität ist. Erfüllt der Berechtigte die Pflicht nicht, hat das lediglich zur Folge, daß nunmehr der Vertragspartner eine gerichtliche Bestimmung verlangen kann, § 315 Abs. 3 BGB. Insoweit geht dann der Berechtigte seiner Befugnis verlustig. Diese Rechtsfolge läßt aber den Schluß zu, daß die Pflicht des Gläubigers als Obliegenheit bezeichnet werden kann. [1] Wesentliches Merkmal der Obliegenheit ist es nämlich, daß bei ihrer Verletzung kein ausgebildetes System von Leistungsstörungen besteht, sondern nur eine gesetzlich oder vertraglich vorgesehene Sanktion - hier der Verlust des Bestimmungsrechtes - eintritt. [2]

Zusammenfassend ist daher zu sagen, daß die Bestimmungspflicht eine Verbindlichkeit ist, wenn der Schuldner die Leistung festzusetzen hat. Entgegen der herrschenden Meinung kann aber auch den bestimmungsberechtigten Gläubiger die Verbindlichkeit treffen, die Bestimmungserklärung abzugeben. In der Regel wird allerdings die Pflicht des Gläubigers nur als Obliegenheit anzusehen sein.

Werden diese Grundsätze nun auf die Anpassungsklausel übertragen, so folgt daraus, daß dem Änderungsberechtigten die Pflicht zur Angleichung als Verbindlichkeit obliegt, wenn die vorzunehmende Änderung für den Vertragspartner günstig wäre; denn in diesem Falle wird der Begünstigte und Gläubiger ein erhebliches Interesse daran haben, daß der Vertrag zu seinem Vorteil angepaßt wird.

Müßte der Anpassungsberechtigte dagegen eine Änderung durchführen, die für den Nichtberechtigten nachteilig wäre, so wird der letztere nicht daran interessiert sein, eine für ihn ungünstige Anpassung des Vertrages zu veranlassen. Demzufolge stände ihm auch kein Erfüllungsanspruch aus der Klausel zu. Liegt jedoch im Einzelfall einmal ein berechtigtes Interesse an der Änderung des Vertrages vor, ist auch dem durch die Angleichung Benachteiligten und Schuldner der zu ändernden Leistung ein Erfüllungsanspruch zuzubilligen.

Im Bereich der prozessualen Möglichkeiten kommt es für die Durchsetzung der Anpassung nicht darauf an, wer Inhaber eines Erfüllungsanspruches aus der Klausel ist; denn im Rahmen des § 315 BGB ist die Klage auf Abgabe einer Anpassungserklärung ausgeschlossen. [3] Geltend gemacht werden kann hier lediglich das Begehren, das Gericht möge nach § 315 Abs. 3 BGB die Anpassung vornehmen. Die prozessualen Möglichkeiten könnten daher allenfalls insofern unterschiedlich zu

---

1) Zu diesem Begriff vgl. R. Schmidt, Die Obliegenheiten, S. 102 ff.
2) R. Schmidt, Die Obliegenheiten, S. 318.
3) Blomeyer, Zivilprozeßrecht, § 38 I 1 (S. 189).

beurteilen sein, als sie einmal der Anpassungsberechtigte, zum anderen der Nichtbefugte wahrnehmen möchte, obgleich beiden Fällen zunächst gemeinsam ist, daß die gerichtliche Anpassung nach § 315 Abs. 3 BGB beantragt werden kann. [1]

Darüberhinaus kann der Nichtanpassungsberechtigte, sofern er Gläubiger der zu ändernden Leistung ist, die richterliche Festsetzung mit einer Leistungsklage verbinden, und zwar in der Weise, daß er die Verurteilung zu der vom Gericht neu festzusetzenden Leistung begehrt. [2] Weiterhin kann er als Gläubiger auf eine künftige Leistung gemäß § 259 ZPO klagen, falls die entsprechenden Voraussetzungen gegeben sind. [3] Auch kann der Nichtanpassungsbefugte berechtigt sein, eine Feststellungsklage zu erheben, § 256 ZPO. Soweit er jedoch sein Begehren durch eine Leistungsklage verfolgen könnte, wäre die Feststellungsklage nur bei Vorliegen solcher Umstände zulässig, die zwar eine Leistungsklage hindern, andererseits aber die Notwendigkeit einer Feststellungsklage rechtfertigen. [4] So kann der Nichtberechtigte etwa die Feststellung beantragen, daß die Anpassungsklausel nichtig und die vereinbarte Leistung daher unabänderlich sei. Desgleichen kann er aber auch feststellen lassen, daß eine Verpflichtung zur Anpassung besteht. Eine solche Klage mag notwendig sein, wenn der Anpassungsberechtigte als Schuldner der Leistung, die für eine Änderung in Betracht käme, die Wirksamkeit der Klausel bestreitet, ohne daß bereits ein Anpassungsfall vorliegt.

Will der Nichtanpassungsberechtigte allerdings - soweit er zugleich Schuldner ist - geltend machen, daß die erfolgte Anpassung seines Erachtens unbillig oder der Anpassungsfall nicht gegeben ist, bedarf es dazu keiner Feststellungsklage. Diese Bedenken kann der Schuldner vielmehr als Einrede gegen die Leistungsklage des Gläubigers erheben. [5]

Der Anpassungsberechtigte hingegen kann die Anpassung vornehmen und, falls er zugleich Gläubiger der geänderten Leistung ist, auf die neu festgesetzte Leistung

---

1) So für die ursprüngliche Leistungsbestimmung Erman-Groepper § 315 Anm. 8; Staudinger-Werner § 315 Anm. IV 2; Palandt-Danckelmann § 315 Anm. 3.

2) Diese Möglichkeit ist für die ursprüngliche Leistungsbestimmung allgemein anerkannt; Planck-Siber § 315 Anm. 3 und 4 b; Staudinger-Werner a. a. O.; die früheren Bedenken - vgl. S. 67 ff - gelten hier nicht, weil der Richter nicht stillschweigend zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilt.

3) Zur Begründung vgl. S. 70 f.

4) Durch eine eventuell mögliche Klage auf künftige Leistung wäre die Feststellungsklage nicht ausgeschlossen; vgl. S. 71.

5) Blomeyer, Zivilprozeßrecht, § 94 II 1 b (S. 499).

klagen. Daneben kann er aber auch als Gläubiger den Schuldner auf die vom Gericht anzupassende Leistung verklagen. Sofern die Voraussetzungen gegeben sind, steht ihm weiterhin die Möglichkeit zu, Klage auf künftige Leistung zu erheben. Desweiteren kann er unter den erforderlichen Voraussetzungen im Wege der Feststellungsklage vorgehen, so etwa, wenn er Gläubiger ist, der Schuldner und Nichtanpassungsberechtigte vor Eintritt eines Anpassungsfalles aber die Wirksamkeit der Klausel verneint. In diesem Falle kann der Gläubiger und Anpassungsberechtigte ein erhebliches Interesse daran haben, die Gültigkeit seiner Anpassungsbefugnis feststellen zu lassen.

b) Steht somit fest, wie jene Anpassungsklauseln zu behandeln sind, die dogmatisch dem § 315 BGB zugeordnet werden, so fragt es sich nun, welche Regeln für die übrigen Abreden gelten. Auch hier wäre zunächst daran zu denken, diese Frage nach den Überlegungen zu beantworten, denen ursprüngliche, nicht unter § 315 BGB fallende Leistungsbestimmungen unterworfen sind. Bei diesen Fällen wird nun - wie bei § 315 BGB - danach unterschieden, wer bestimmungsberechtigt ist.

Soweit der Schuldner die Leistung festsetzen soll, wird angenommen, ihm obliege eine Pflicht im Sinne einer Verbindlichkeit. [1] Müsse hingegen der Gläubiger bestimmen, sei diese Vereinbarung meist wegen unsittlicher Begrenzung des Schuldners nichtig. [2] Falls sie jedoch im Einzelfall wirksam sei, soll der Gläubiger nach einer Ansicht zur Bestimmung verpflichtet sein, [3] nach einer anderen Meinung dagegen besteht eine solche Pflicht nicht. [4]

Richtig dürfte es sein, auch hier von der Vereinbarung der Parteien auszugehen. Haben sie eine Bestimmungspflicht vereinbart, so ist der Berechtigte zur Festsetzung der Leistung verpflichtet. Soll der Schuldner bestimmen, handelt es sich bei der Pflicht um eine Verbindlichkeit; denn der Gläubiger wird insofern an einer Bestimmung interessiert sein. Ist hingegen der Gläubiger berechtigt, wird die Pflicht in der Regel nicht als Verbindlichkeit anzusehen sein, weil der Schuldner kein Interesse an einer Bestimmung hat. Die Pflicht des Gläubigers ist in diesen Sachverhalten nicht einmal als Obliegenheit zu bezeichnen; es fehlt nämlich an einer entsprechenden Sanktion, wie sie etwa in § 315 Abs. 3 BGB vorgesehen ist.

---

1) Oertmann § 315 Anm. 4 a; Erman-Groepper § 315 Anm. 6 b bb; Soergel-Siebert-R. Schmidt § 315 Rdnr. 8; Enn.-Lehmann, Schuldrecht, § 5 I 1 c (S. 26); Leonhard, Allg. Schuldrecht, § 34 (S. 89).

2) Palandt-Danckelmann § 315 Anm. 2 a.

3) Palandt-Danckelmann § 315 Anm. 3 a.

4) Leonhard a. a. O.

Diese Regeln können nun auf die Anpassungsklausel übertragen werden, wobei aber beachtet werden muß, daß hier die Anpassungsberechtigung ausschlaggebend ist. Daneben ist jedoch die Stellung der Parteien im Vertrag insofern zu berücksichtigen, als die Folgen der Angleichung betroffen sind.

Hat der Berechtigte eine Anpassung vorzunehmen, die für den Partner günstig wäre, ist die Pflicht als Verbindlichkeit zu bezeichnen. Dem Nichtanpassungsberechtigten und Gläubiger steht dann der Erfüllungsanspruch aus der Klausel zu. Inhaber dieses Anspruches ist er dagegen nicht, wenn die Änderung des Vertrages für ihn nachteilig wäre. Lediglich in besonderen Fällen, in denen der Nichtanpassungsberechtigte dennoch ein Interesse an der Angleichung des Vertrages hätte, könnte ihm der Erfüllungsanspruch zugebilligt werden. [1)]

Diese materiellen Ansprüche sind nun auch für die prozessualen Möglichkeiten ausschlaggebend. Allerdings ergeben sich hier zunächst wiederum Bedenken aus dem Meinungsstreit, der hinsichtlich der ursprünglichen Leistungsbestimmung außerhalb des § 315 BGB besteht. Dort wird zum Teil die Ansicht vertreten, eine Leistungsklage auf Abgabe der Bestimmungserklärung käme nicht in Betracht, weil damit über § 315 Abs. 2 BGB wieder insofern die Entscheidungsmöglichkeit nach § 315 Abs. 3 BGB eröffnet würde, als der Richter in jedem Falle nur nach Billigkeit urteilen könnte. [2)] Aus diesem Grunde sei jede Klagemöglichkeit auszuschließen; der Nichtberechtigte könne den Bestimmungsbefugten in Verzug setzen und dann gegebenenfalls die Rechte aus § 326 BGB geltend machen. [3)]

Gegen diese Meinung läßt sich nicht einwenden, die Bejahung einer Verbindlichkeit müsse auch deren Durchsetzbarkeit im Klagewege einschließen; denn dem Begriff der Verbindlichkeit ist zwar die Sanktion eines Schadensersatzanspruches, nicht aber die Durchsetzbarkeit im Klagewege notwendig eigen. [4)] Andererseits ist aber dennoch die Möglichkeit einer Leistungsklage zu bejahen. [5)] Sie ergibt sich aus der von den Parteien gewollten Pflicht. Dem steht auch nicht entgegen, daß der Richter gegebenenfalls nach Billigkeit, nicht aber nach Belieben entscheiden würde. Schließlich wird der Richter erst tätig, wenn die berechtigte Partei ihre Pflicht nicht erfüllt hat. Der Verlust des weiteren Entscheidungsspielraumes für den Berechtigten ist deshalb nur eine Folge des vertragswidrigen Verhaltens.

---

1) vgl. S. 106.
2) Sieg in NJW 1951, 508.
3) Cosack, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, I. Bd., § 137 III 3 b (S. 351).
4) Reimer Schmidt, Die Obliegenheiten, S. 314.
5) vgl. auch S. 66 ff.

Greifen somit die Bedenken nicht durch, so ist doch zu beachten, daß die hier besprochene Anpassungsklausel gegenüber der nach § 315 BGB zu behandelnden einige prozessuale Besonderheiten aufweist. Sie folgen daraus, daß der Antrag nach § 315 Abs. 3 BGB auf gerichtliche Festsetzung ausgeschlossen ist. Daher hat der Nichtanpassungsberechtigte als Inhaber des Erfüllungsanspruches aus der Klausel auf die Abgabe der Änderungserklärung zu klagen. Mit der Rechtskraft dieses Urteils gilt die Erklärung gemäß § 894 ZPO als abgegeben. Hingegen kann der Nichtberechtigte, sofern er zugleich Gläubiger der zu ändernden Leistung ist, nicht unmittelbar auf die erhöhte Leistung klagen, [1] wobei das zusprechende Erkenntnis die stillschweigende Verurteilung zur Abgabe der Anpassungserklärung enthalten würde; denn einmal sieht das Gesetz eine solche Verurteilung nicht vor, und zum anderen würde dadurch in der Tat materiell wiederum die Entscheidungsmöglichkeit nach § 315 Abs. 3 BGB eröffnet. Allerdings könnte der Gläubiger mit seiner Klage auf Abgabe der Anpassungserklärung die weitere Klage auf die angepaßte Leistung verbinden; die letztere Klage wäre dann für den Fall erhoben, daß dem vorangegangenen Klageantrag stattgegeben wird. [2]

Weiterhin wäre dem Nichtberechtigten, jeweils unter den erörterten Voraussetzungen, [3] die Klage auf künftige Leistung oder die Feststellungsklage zuzubilligen.

Der Anpassungsberechtigte dagegen kann, falls er zugleich Inhaber der zu ändernden Forderung ist, den Vertrag angleichen und die angepaßte Leistung einklagen. Zweifelt der Schuldner die Wirksamkeit der Änderung an, steht ihm die Möglichkeit offen, seine Bedenken im Wege der prozessualen Verteidigung vorzubringen. [4]

c) Zu fragen bleibt letztlich noch, welche Ansprüche sich ergeben, wenn der Verpflichtete es ablehnt, den Vertrag zu ändern. Diese Frage kann für alle Arten der hier in Betracht kommenden Klausel gemeinsam erörtert werden; denn dogmatisch unterscheiden sich die Abreden nur durch den verschiedenen subjektiven Rahmen, der dem anpassungsberechtigten Vertragspartner gewährt wird, nicht aber in der Qualität der vereinbarten Pflicht. Allein diese ist aber maßgeblich für die Rechte, die sich aus einer Pflichtverletzung ergeben.

Weigert sich der Änderungsberechtigte, den Vertrag veränderten Umständen anzugleichen, obgleich die Leistung aus der Anpassungsklausel fällig ist, [5] so kann

---

1) vgl. S. 67 ff.
2) vgl. S. 68.
3) vgl. S. 107, auch S. 70 f.
4) Blomeyer, Zivilprozeßrecht, § 94 II 1 b (S. 499).
5) Zur Fälligkeit vgl. S. 56 f.

ihn der Nichtberechtigte, sofern er Inhaber des Erfüllungsanspruches ist, in Verzug setzen. Anschließend stehen dem Nichtberechtigten die Rechte aus § 286 BGB zu. Inwieweit er außerdem die Rechte aus § 326 BGB geltend machen kann, hängt davon ab, welche Bedeutung die Parteien der Anpassungspflicht beigelegt haben. Anzunehmen ist, daß Anpassungsklauseln in kurzfristig abzuwikkelnden Verträgen in der Regel keine Änderungspflicht im Sinne einer Hauptpflicht gemäß § 326 BGB enthalten. Anders kann es jedoch in langfristigen Verträgen sein. Hier ist aber ebenfalls in jedem Einzelfall zu prüfen, ob tatsächlich insoweit eine Hauptpflicht gewollt war. Nur wenn dieser Wille nachweisbar ist, kann der Anpassungsgläubiger die Rechte aus § 326 BGB erheben.

Außerdem kann der Anpassungsgläubiger vom Vertrage zurücktreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, wenn der Anpassungsverpflichtete ernsthaft, endgültig und unberechtigt die Erfüllung der Änderungspflicht ablehnt. [1] Wird die Anpassungspflicht als Verbindlichkeit bezeichnet, ist nämlich kein Grund vorhanden, dem Gläubiger die Rechte aus einer ernsthaften Erfüllungsverweigerung nicht zuzusprechen. Soweit allerdings der Gläubiger aus dem Verhalten des Berechtigten noch keine rechtlichen Folgerungen gezogen hat, bleibt es dem letzteren unbenommen, zur Vertragstreue zurückzukehren und eine eventuell notwendig gewordene Änderung des Vertrages vorzunehmen. [2]

Des weiteren können dem Anpassungsgläubiger Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung gegen den Angleichungsverpflichteten aus dem Gesichtspunkt des anfänglichen Unvermögens zustehen. Das wäre etwa der Fall, wenn sich der Schuldner verpflichtet hat, bei dem Eintritt einer bestimmten Änderung den Vertrag in einer vorgeschriebenen Weise anzupassen, obgleich ihm bekannt war, daß er außerstande sein würde, die angeglichene Leistung zu erbringen. Wird die Anpassungspflicht später fällig und stellt sich dann das anfängliche Unvermögen des Änderungsverpflichteten heraus, so kann der Vertragspartner den Ersatz des ihm dadurch entstandenen Schadens verlangen. [3]

Ein solcher Anspruch kann aber auch in anderen Fällen gegeben sein, in denen eine wirksame Anpassung aus einem Grunde verhindert wird, den der Änderungsverpflichtete zu vertreten hat. [4]

---

1) Zu der dogmatischen Begründung dieses Instituts vgl. S. 58.

2) RGRK-Wilde Anhang zu § 326 Anm. 9.

3) vgl. S. 59.

4) Das wäre etwa der Fall, wenn in dem auf S. 59 angeführten Beispiel nicht eine gemeinsame Anpassung, sondern eine Angleichung des Vertrages in der dort geschilderten Weise durch den Lieferanten B vorgesehen war.

Schließlich kann sich ein Schadensersatzanspruch daraus ergeben, daß ein Ereignis eintritt, auf Grund dessen die Leistung, wie sie nach einer Änderung erbracht werden müßte, nach dem Vertragsabschluß unmöglich wird, und der Anpassungsverpflichtete dieses Ereignis zu vertreten hat.

> A vermietet dem B mehrere Räume zum Betrieb eines Lebensmittelgeschäftes. Es wird folgende Klausel vereinbart: "Ändern sich die Absatzmöglichkeiten durch die Errichtung der X-Siedlung, so ist der Vermieter verpflichtet, den Vertrag dahin abzuändern, daß die Räume A, B und C als an B vermietet gelten." - Bevor die Siedlung gebaut wird, bricht A den Teil des Hauses ab, in dem sich die in Betracht kommenden Räume befinden, so daß er später außerstande ist, seiner Pflicht aus der Klausel nachzukommen.

In solchen Fällen ist es dem Anpassungsverpflichteten objektiv unmöglich, die Leistung, wie sie sich nach der Änderung darstellen würde, zu erbringen. Damit ist es ihm aber zugleich unmöglich geworden, die Anpassungsklausel zu erfüllen; denn die Klausel verpflichtet nur zu einer wirksamen Abänderung. Hier wäre aber die Anpassung insoweit unwirksam, als sie eine verbindliche und wirksame Leistung in eine zum Teil objektiv unmögliche ändern würde. Falls daher der Angleichungsverpflichtete den Eintritt des Ereignisses zu vertreten hat, durch das die Erfüllung der Anpassungspflicht nach dem Abschluß des Vertrages unmöglich geworden ist, haftet er gemäß § 280 BGB. [1]

Endlich kann sich ein Schadensersatzanspruch auch aus einer positiven Vertragsverletzung des Anpassungsverpflichteten ergeben.

> A hat dem B Räume zum Betriebe einer Milchbar vermietet. Es wurde dabei vereinbart, daß A bei Eintritt wesentlicher Änderungen den Vertrag nach Treu und Glauben anzupassen hat. -
> Nach geraumer Zeit ändert sich der Geschmack des Publikums, so daß die Einnahmen des B erheblich zurückgehen. B verlangt deshalb auf Grund der Anpassungsklausel, ihm zu gestatten, auch alkoholische Getränke auszuschenken. Bevor A diesem Begehren entspricht, überläßt er dem C in demselben Hause Räume zum Betriebe einer Gastwirtschaft. [2]

Obgleich dem Anpassungsverpflichteten das konkrete Änderungsbegehren des Vertragspartners bekannt war, hat er sich hier so verhalten, daß der mit der beabsichtigten Angleichung bezweckte wirtschaftliche Erfolg in Frage gestellt worden ist. Damit hat der Anpassungsverpflichtete eine vertragliche Pflicht verletzt. Hat die Pflichtverletzung zur Folge, daß dem Partner ein Schaden zugefügt worden

---

1) vgl. S. 60.
2) vgl. S. 61.

ist, kann die benachteiligte Partei den Ersatz des ihr entstandenen Schadens verlangen. [1]

Wird nun aus einem der erwähnten Gründe Schadensersatz wegen Nichterfüllung begehrt, können insofern Schwierigkeiten entstehen, als der Umfang des zu leistenden Schadensersatzes zu ermitteln ist. Indes sind diese Schwierigkeiten zu vermeiden, wenn anerkannt wird, daß das Interesse des Gläubigers an der Abänderung auch hier dem Interesse an der Erfüllung des angepaßten Vertrages gleichzusetzen ist. Die Gründe, mit denen in anderem Zusammenhang versucht wurde nachzuweisen, [2] daß eine solche Gleichsetzung gerechtfertigt ist, gelten auch für die hier zu untersuchende Klausel. Deshalb kann der Geschädigte sofort den Ersatz des Schadens verlangen, der ihm dadurch erwachsen ist, daß er die Leistung, wie sie sich nach der berechtigten Änderung dargestellt hätte, nicht erhalten hat.

d) Aus der Anpassungsklausel können jedoch keine Ansprüche hergeleitet werden, wenn sie entweder nicht wirksam zustandegekommen oder aber später weggefallen ist.

So entfällt die Pflicht zur Anpassung, wenn die Abrede nichtig ist. Zweifelhaft ist dann aber, ob deshalb der gesamte Vertrag nichtig ist oder angenommen werden kann, die Parteien hätten den Vertrag auch ohne die Klausel geschlossen (§ 139 BGB). Letztlich wird diese Frage nur nach den besonderen Umständen des jeweiligen Einzelfalles entschieden werden können. Sofern sich jedoch herausstellen sollte, daß der Vertrag tatsächlich aus diesem Grunde nichtig ist, muß jeweils geprüft werden, inwieweit die Berufung auf diese Nichtigkeit nach dem Grundsatz von Treu und Glauben auszuschließen ist. Dabei ist nach jenen Grundsätzen vorzugehen, die bereits in anderem Zusammenhang dargestellt worden sind. [3] Falls indes nur die Klausel nichtig ist, besteht in der Regel kein Bedürfnis, die Geltendmachung dieser Nichtigkeit zu verhindern; denn hier kann bei bedeutenderen Änderungen versucht werden, den Vertrag im Wege der ergänzenden Auslegung oder der Anpassung als Folge des Wegfalls der Geschäftsgrundlage den neuen Umständen anzugleichen.

Die Wirksamkeit der Anpassungspflicht ist ebenfalls zu verneinen, wenn der Vertrag wegen anfänglicher objektiver Unmöglichkeit nichtig ist (§ 306 BGB).

---

1) vgl. S. 62.
2) vgl. S. 61 f.
3) vgl. S. 63.

Desgleichen kann die Anpassungspflicht durch Ereignisse entfallen, die während der Dauer des Vertrages eintreten. So können die Parteien die Klausel aufheben oder wirksam anfechten. Denkbar ist aber auch, daß die Anpassung in der vorgesehenen Art unmöglich wird, weil die abgeänderte Leistung von dem Schuldner nicht erbracht werden kann. Hat der Anpassungsverpflichtete das Ereignis, auf Grund dessen die Unmöglichkeit eingetreten ist, nicht zu vertreten, wird er von seiner Pflicht gemäß § 275 BGB befreit. [1]

Schließlich kann die Anpassungspflicht noch dadurch gegenstandslos werden, daß eine Partei wirksam vom Vertrag zurücktritt. Das Recht zu einem solchen Rücktritt kann sich aus verschiedenen Gründen ergeben. So kann es etwa darauf beruhen, daß der Anpassungsverpflichtete die Erfüllung seiner Pflicht ernstlich, endgültig und unberechtigt verweigert. Ferner könnte das Rücktrittsrecht aus § 326 BGB abgeleitet werden, sofern diese Vorschrift anwendbar ist. Letztlich könnte sich derjenige, der den Rücktritt erklärt, auch auf eine positive Vertragsverletzung des Anpassungsverpflichteten berufen.

4) Die Tätigkeit des Richters

a) Setzt der Richter nach vorangegangener unbilliger oder verzögerter Bestimmung die ursprüngliche Leistung oder Leistungsmodalität gemäß § 315 Abs. 3 BGB fest, soll er damit nach allgemeiner Ansicht ein Gestaltungsurteil erlassen. [2] Um ein solches Urteil soll es sich auch dann handeln, wenn der Richter auf eine Leistungsklage entscheidet, die aus dem Rechtsverhältnis begründet wird. [3] Desgleichen wird ein Gestaltungsurteil für jene Fälle bejaht, in denen § 315 BGB entsprechend gilt. [4]

Die Richtigkeit dieser Meinungen erscheint jedoch zweifelhaft. Bedenken lassen sich zumindest geltend machen, wenn von der hier nachgewiesenen Tatsache ausgegangen wird, daß die Entscheidung bei § 315 BGB nach Billigkeit zu erfolgen hat. Dem Richter ist damit die Aufgabe übertragen, einen unbestimmten Rechts-

---

1) vgl. S. 64.

2) Enn.-Lehmann, Schuldrecht, § 5 I 1 b (S. 26); Larenz, Schuldrecht I, § 8 I a (S. 84); Erman-Groepper § 315 Anm. 8; RGRK-Wilde § 315 Anm. 4; Palandt-Danckelmann § 315 Anm. 4; Rosenberg, Zivilprozeßrecht, § 87 2b (S. 413); Sieg in NJW 1951, 507; Bötticher, Die Wandlung als Gestaltungsakt, S. 39; Lukes in NJW 1963, 1901.

3) RGRK-Wilde a. a. O.; Palandt-Danckelmann a. a. O.

4) Lukes a. a. O.; Bötticher in DRW 7 (1942), 141.

begriff zu konkretisieren. Diese Aufgabe soll zwar noch nicht die Möglichkeit einer gestaltenden Entscheidung ausschließen; [1] indes bietet sie bereits Anlaß, die Behauptung, es liege eine gestaltende Tätigkeit vor, auf ihre Richtigkeit zu überprüfen.

Festgestellt wurde bereits, daß gestaltende Entscheidungen durch ihre rechtsbegründende oder rechtsändernde Wirkung und das richterliche Handeln auf Grund eigenen Entschlusses, die gesetzliche Gestaltungsmöglichkeit wahrzunehmen, gekennzeichnet sind. [2] Gestaltende Erkenntnisse erfordern daher die Freiheit, zwischen wenigstens zwei verschiedenen Rechtsfolgen wählen zu können. Für die ursprüngliche Leistungsbestimmung wurde zudem ausgeführt, daß die bestimmungsberechtigte Partei nur befugt ist, die Leistung aus einer vorgegebenen Sachgesamtheit festzusetzen. Die Art der offenen Leistung oder Leistungsmodalität ist dagegen schon durch die Gegenleistung und die übrigen Vereinbarungen bestimmt.

Gemäß § 315 Abs. 3 BGB kann der Richter nun lediglich veranlaßt werden, seinerseits die geschuldete Leistung festzulegen, wenn die Parteibestimmung unbillig oder verzögert worden ist. In beiden Fällen ist der Anspruch auf die noch offene Leistung durch den geschlossenen Vertrag zwar begründet, in seiner Höhe oder seinem Gegenstand aber nicht verbindlich konkretisiert worden. [3] Wenn daher der Richter das durch die Parteien begründete Recht inhaltlich konkretisiert, indem er etwa den geschuldeten Betrag oder Gegenstand, den Leistungsort oder die Zeit festsetzt, hat sein Spruch keine rechtsbegründende oder rechtsverändernde Wirkung; vielmehr erkennt der Richter nur, welcher Inhalt des gegebenen Rechts nach allen Umständen als billig zu gelten hat. [4] Dabei besteht auch keine Möglichkeit, zwischen verschiedenen Rechtsfolgen zu wählen. Selbst wenn der Richter es ablehnen würde, die offene Leistung inhaltlich zu bestimmen, bliebe dadurch die objektive Rechtslage unberührt; der Leistungsinhalt stände nämlich durch die Gegenleistung und die sonstigen Umstände des Falles fest. Da

---

1) vgl. Lange in Festschrift für Gieseke, S. 53 f.

2) vgl. S. 74 f.

3) So steht etwa in einem Kaufvertrag der Kaufgegenstand, nicht aber der Preis fest. Er soll noch bestimmt werden.

4) Das gilt auch, wenn eine unbillige Parteibestimmung vorausgegangen ist. Da sie nach § 315 Abs. 3 unverbindlich ist, hat der richterliche Eingriff insoweit keine rechtsändernde Wirkung. - Im übrigen ist der hier gegebene Fall dem des § 847 BGB ähnlich. Auch dort hat der Richter nur das bestehende Recht (den Anspruch auf billige Entschädigung) inhaltlich zu konkretisieren, ohne daß deswegen von einer gestaltenden Tätigkeit gesprochen würde.

somit weder in der Wirkung noch in der Tätigkeit des Richters die Merkmale gegeben sind, die eine gestaltende Entscheidung kennzeichnen, kann bei der Festsetzung der ursprünglichen Leistung durch das Gericht nicht von einem Gestaltungsurteil gesprochen werden. Die herrschende Meinung ist deshalb insoweit abzulehnen.

Fraglich ist allerdings, ob dieses Ergebnis auf den Fall nachträglicher Änderungen einer vertraglichen Leistung durch eine Partei übertragen werden kann. Soweit die zugrunde liegende Anpassungsklausel dem § 315 BGB zugeordnet wird, hat der Richter nur dann die Änderung vorzunehmen, wenn die von der Partei vorgenommene Anpassung unbillig und daher unverbindlich oder aber die Ausübung des Anpassungsrechtes verzögert worden ist. Beiden Fällen ist gemeinsam, daß der Richter, nachdem er durch Interpretation, Sachverhaltsfeststellung und Subsumtion die Notwendigkeit der Anpassung ermittelt hat, eine Forderung oder vertragliche Bestimmung abändern muß, deren Inhalt und Form die Parteien vereinbart haben. In dieser rechtsverändernden Wirkung erfüllt deshalb die richterliche Tätigkeit die Voraussetzungen einer gestaltenden Entscheidung. [1] Hinzu kommt aber noch, daß auch die erforderliche Willensentschließung zu vollziehen ist. Deutlich wird dies vor allem in solchen Fällen, in denen durch die Art der eingetretenen Änderung mehrere Möglichkeiten eröffnet werden, den Vertrag den neuen Umständen anzugleichen, insoweit also eine Wahl zu treffen ist. Aber auch in den übrigen Sachverhalten kann gesagt werden, daß die Notwendigkeit einer richterlichen Entschließung besteht, die Gestaltungsmöglichkeit auszuüben; denn lehnt es der Richter trotz Vorliegens der Voraussetzungen ab, den Vertrag anzupassen, bleiben die gegebenen Rechte in ihrem bisherigen Inhalt wirksam. Erst mit dem Ausspruch der Gestaltung und dem vorangegangenen entsprechenden Entschluß wird der Vertrag im Sinne einer Anpassung umgestaltet.

Zusammenfassend ist somit festzustellen, daß der Richter zwar bei der Bestimmung der ursprünglichen Leistung eine erkennende Funktion ausübt, im Falle der nachträglichen Änderung des Vertrages auf Grund des § 315 Abs. 3 BGB aber gestaltend tätig wird. Entgegen der herrschenden Meinung kann daher nicht schlechthin von Gestaltungsurteilen gesprochen werden, die auf Grund des § 315 Abs. 3 BGB ergehen.

---

1) Verglichen werden könnte der hier gegebene Sachverhalt etwa mit dem Fall des § 343 BGB. Auch dort wird ein Recht, das von den Parteien inhaltlich wirksam begründet worden ist, gegebenenfalls von dem Richter in seinem Inhalt geändert, indem der vereinbarte Betrag herabgesetzt wird. Nach allgemeiner Ansicht handelt es sich dabei um eine gestaltende Entscheidung; vgl. etwa Palandt-Danckelmann § 343 Anm. 1; Larenz, Schuldrecht I, § 23 II a (S. 287).

b) Ähnliche Überlegungen gelten nun auch für jene Klauseln, die nicht dem § 315 BGB unterfallen. Hat etwa eine Partei die ursprüngliche Leistung inhaltlich nach Belieben zu bestimmen, so nimmt der Richter,der zur Abgabe der Bestimmungserklärung verurteilt, insofern eine Erkenntnisfunktion wahr, als er den Inhalt dieser Erklärung nach Billigkeit ermittelt. Das gilt auch, wenn der Richter zur Abgabe der Anpassungserklärung verurteilt; denn da er hier ebenfalls nicht unmittelbar bestehende Rechte ändert, fehlt es an der typischen Wirkung einer gestaltenden Entscheidung.

II. ANPASSUNGSKLAUSELN OHNE VEREINBARTE ANPASSUNGSPFLICHT

1) Die Rechtsnatur der Anpassungsklausel

Kommen die Parteien überein, daß bei einer Änderung wesentlicher Umstände eine von ihnen den Vertrag anpassen k a n n, so ist diese Klausel - unabhängig von dem festgelegten Anpassungsmaßstab - nicht dem § 315 BGB zuzuordnen; denn diese Norm setzt eine vereinbarte Bestimmungspflicht voraus. Dieses Erfordernis folgt einmal daraus, daß § 315 BGB nur angewendet werden kann, wenn ein Vertrag bereits zustandegekommen ist. [1] Haben es die Parteien aber einem Teil überlassen, darüber zu befinden, ob er die Leistung [2] festsetzen will oder nicht, so wird darin häufig zugleich die Befugnis zu sehen sein, auch über das "ob" einer Leistung schlechthin zu entscheiden. In diesem Falle ist daher noch keine vertragliche Bindung gewollt. Im übrigen spricht aber auch die Möglichkeit, bei einer Verzögerung die richterliche Bestimmung beantragen zu können, dafür, daß § 315 eine Bestimmungspflicht erfordert.

Bei einer Anpassung rechtfertigt sich die nach § 315 BGB erfolgende richterliche Angleichung ebenfalls nur dadurch, daß die Parteien eine Pflicht zur Änderung des Vertrages vereinbart haben. Ist hingegen die Entscheidung über das "ob" einer Anpassung einer Partei freigestellt, widerspräche es dem Parteiwillen, eine richterliche Anpassung nach § 315 Abs. 3 BGB zu ermöglichen. Das "ja" und "nein" sowie die Verzögerung der Anpassung liegen dann im Rahmen des von den Parteien Gewollten.

---

1) Palandt-Danckelmann § 315 Anm. 1.

2) Anders könnte es sein, wenn erkennbar nur Leistungsmodalitäten bestimmt werden sollen. Dieser Fall braucht indes nicht erörtert zu werden, weil die Klausel allgemein nicht eine derartige Einschränkung enthält.

Ebensowenig können diese Klauseln nun deswegen dem § 315 BGB zugewiesen werden, weil ein Bedürfnis dafür besteht, die von der Partei vorgenommene Änderung durch den Richter überprüfen und gegebenenfalls auch eine richterliche Anpassung durchführen zu lassen. [1] Dem Bedürfnis, die Parteimaßnahme überprüfen zu können, wird hinlänglich durch eine Leistungs- oder Feststellungsklage oder der entsprechenden prozessualen Verteidigung gegenüber der Leistungsklage des Anpassungsbefugten Rechnung getragen. Somit bliebe also nur noch die richterliche Anpassung, die eine Anwendung des § 315 BGB erfordern könnte. Wie aus dem oben Gesagten jedoch hervorgeht, ergibt sich dieser Fall nicht bei verzögerten Anpassungen, sondern nur bei Streitigkeiten darüber, ob eine erfolgte Änderung wirksam ist. Hier ist aber eine richterliche Anpassung gemäß § 315 Abs. 3 BGB nicht notwendig, weil die Rechte und Interessen der Beteiligten auch auf anderem Wege gewahrt werden können. So kann der nichtanpassungsberechtigte Gläubiger auf die Leistung klagen, die seines Erachtens geschuldet wird; als Schuldner kann der Nichtberechtigte die Leistung in der geänderten Höhe verweigern und die Unwirksamkeit der Änderung durch eine prozessuale Verteidigung gegenüber der Leistungsklage des Gläubigers geltend machen. In beiden Fällen steht dem Nichtberechtigten zudem unter den erforderlichen Voraussetzungen die Möglichkeit offen, eine Feststellungsklage zu erheben, um die Unverbindlichkeit der Anpassung durch das Gericht aussprechen zu lassen. Der Richter wird dann jeweils prüfen, ob der Berechtigte den Rahmen eingehalten hat, der durch den vereinbarten Anpassungsmaßstab vorgeschrieben worden ist. Hält sich die Änderung in diesem Rahmen, wird sie als verbindlich anerkannt; hat der Berechtigte den Rahmen überschritten, ist die Anpassung in dem Ausmaß der Überschreitung unverbindlich, weil sie nicht von der zugrunde liegenden Parteiermächtigung getragen wird. [2] Der Richter wird dann die geänderte Leistung um den Betrag ermäßigen, der jenseits des vorgegebenen Rahmens liegt. [3]

Demnach kann festgestellt werden, daß kein Bedürfnis besteht, auf Klauseln mit vereinbarter Anpassungsfreiheit § 315 BGB unmittelbar oder analog anzuwenden. Der herrschenden Meinung, die unbeachtet des jeweiligen Pflichtengrades Freizeichnungsklauseln dem § 315 zuweist, kann daher nicht schlechthin gefolgt werden. [4]

---

1) So etwa Neumann-Duesberg in JZ 1952, 710.

2) Ähnlich ist die Rechtslage bei der gesetzlichen Anpassungsklausel des § 87 Abs. 2 AktG; vgl. zur früheren Regelung etwa Baumbach-Hueck, AktG, § 78 Anm. 3 A; Neumann-Duesberg in JZ 1952, 711.

3) Da insoweit kein inhaltlich verbindliches Recht geändert, sondern nur der verbindliche Inhalt festgestellt wird, übt der Richter eine Erkenntnisfunktion aus.

4) RGRK-Wilde § 315 Anm. 1; Heck, Grundriß des Schuldrechts, § 53 (S. 158); Enn.-Lehmann, Schuldrecht, § 5 I 1 d (S. 27); BGHZ 1, 353.

Unabhängig von dem subjektiven Maßstab, den die Parteien vereinbart haben, ist somit die Anpassungsklausel, in der die Entscheidung über das "ob" einer Anpassung einem Vertragspartner freigestellt worden ist, als eine vertragliche Abrede zu bezeichnen, deren Zulässigkeit und Grenzen sich aus der Vertragsfreiheit ergeben.

2) Die Maßstäbe der Anpassung

Soweit der Berechtigte den Vertrag angleicht, hat er jene Maßstäbe zu beachten, die in der Klausel bestimmt worden sind. Da insoweit die gleichen Maßstäbe in Betracht kommen wie bei einer vereinbarten Anpassungspflicht, kann auf die dort entwickelte Methode der Anpassung durch eine Partei verwiesen werden. [1]

Demgegenüber kann der Richter keine Anpassung vornehmen, weil es an einer entsprechenden Ermächtigung fehlt. [2] Ihm steht lediglich das Recht zu, eine erfolgte Anpassung darauf zu überprüfen, ob die vorgegebenen Grenzen eingehalten worden sind. Wie der Richter dabei zu verfahren hat, ist bereits früher dargestellt worden. Diese Ausführungen gelten auch hier. [3]

3) Die Anpassungsbefugnis als Kann-Recht

Aus der Anpassungsklausel ergeben sich keine Ansprüche für die beteiligten Parteien. Die Klausel stellt die Änderung in den Willen des Berechtigten. Sie eröffnet daher nur eine rechtliche Befugnis und Möglichkeit; damit ist sie dem Bereich pflichtfreien Handelns zuzuweisen. [4] Allerdings können sich derart erhebliche Änderungen einstellen, daß eine gerichtliche Anpassung im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung oder wegen des Fortfalles von Vertrauensumständen gerechtfertigt wäre. Dann ist jedoch nicht anzunehmen, daß die Freiheit hinsichtlich des "ob" einer Anpassung zu einer Änderungspflicht erstarkt, etwa der "Ermessensreduzierung auf Null" im Verwaltungsrecht vergleichbar. Vielmehr ist in diesen Fällen der nichtanpassungsbefugten Partei das Recht zu gewähren, die für die jeweilige Änderung sonst in Betracht kommenden Möglichkeiten zu ergreifen, sofern der Anpassungsberechtigte seine Befugnis nicht ausübt.

---

1) vgl. S. 97 ff.

2) Diese Aussage bezieht sich nur auf die Klausel, nicht aber auf jene Fälle, die etwa infolge des Wegfalls der Geschäftsgrundlage eine Anpassung verlangen.

3) vgl. S. 101 f.

4) R. Schmidt, Die Obliegenheiten, S. 51.

4. Die prozessualen Möglichkeiten

Ist der Anpassungsberechtigte zugleich Gläubiger der zu ändernden Leistung, so kann er die Anpassung vornehmen und die angeglichene Leistung verlangen. Weigert sich der Schuldner, sie zu erbringen, kann der Gläubiger die neu festgesetzte Leistung einklagen. Desgleichen steht ihm das Recht zu, eine Feststellungsklage zu erheben, falls der Nichtberechtigte die Wirksamkeit der Klausel bestreitet, bevor eine Anpassung notwendig wird.

Als Schuldner wird der Berechtigte ebenfalls die Leistung angleichen und dann diese angepaßte Leistung erbringen.
Der Nichtberechtigte kann hingegen, soweit die Leistung herabgesetzt worden ist, die er zu fordern hat, Klage auf die Leistung erheben, die ihm nach seiner Ansicht zusteht. Sofern die entsprechenden Voraussetzungen gegeben sind, kann er auch auf Feststellung seiner Ansprüche klagen. [1] In beiden Fällen hat das Gericht nicht nur das Vorliegen der Voraussetzungen einer Anpassung, sondern auch die erfolgte Angleichung auf die Einhaltung der vorgegebenen Grenzen zu überprüfen.

Wird indes die Leistung erhöht, die der Nichtberechtigte zu erbringen hat, sind die prozessualen Möglichkeiten nach dem Satz zu beurteilen, daß eine Feststellungsklage entfällt, wo eine bloße Verteidigung die Rechte ausreichend wahrt. [2] Deshalb kann der Nichtberechtigte die Leistung weiterhin in der bisherigen Höhe erbringen und eine höhere Leistung verweigern. Erhebt der Gläubiger dann die Leistungsklage, kann der Schuldner sich dagegen mit der Einrede verteidigen, die Voraussetzungen der Anpassung lägen nicht vor oder der Anpassende habe die ihm gezogenen Schranken überschritten. [3] Daneben könnte sich allerdings auch

---

1) So auch für den Fall der gesetzlichen "Anpassungsklausel" in § 78 Abs. 2 AktG a. F. Schmidt in Gadow-Heinichen, AktG, § 78 Anm. 12; Baumbach-Hueck, AktG, § 78 Anm. 3 A; a. M. Schlegelberger-Quassowski, AktG, § 75 Anm. 14 und Sieg in NJW 1951, 507, die § 315 Abs. 3 BGB analog anwenden wollen. Dagegen aber zu Recht Neumann-Duesberg in JZ 1952, 710, der darauf hinweist, daß es an der erforderlichen Pflicht zum Handeln fehlt.

2) Baumbach-Lauterbach § 256 Anm. 3 D. Daß hier die Wirksamkeit des ausgeübten Anpassungsrechts bestritten würde, stände der Zulässigkeit einer Feststellungsklage nicht entgegen; vgl. Thomas-Putzo, ZPO, § 256 Anm. 3 a.

3) Die Verteidigung durch eine bloße prozessuale Einrede wird für solche Fälle anerkannt: RG DJZ 03, 429; Planck-Siber § 343 Anm. 1; RGRK-Wilde § 343 Anm. 7; R. Schmidt in Soergel-Siebert § 343 Anm. 5.

die Notwendigkeit für eine Feststellungsklage ergeben, so etwa, wenn der Nichtberechtigte vor der Anpassung die Nichtigkeit der Klausel feststellen lassen möchte.

5) Die Tätigkeit des Richters

Wird der vom Anpassungsberechtigten erhobenen Leistungsklage im vollen Umfang stattgegeben, handelt es sich um ein Leistungsurteil, bei dem der Richter eine erkennende Funktion ausübt. Anders soll es nun sein, wenn der Richter die von einer Partei vorgenommene Anpassung abändert, weil die Voraussetzungen der Anpassung nicht vorlagen oder die gezogenen Grenzen überschritten worden sind. In diesem Falle soll der Richter eine gestaltende Tätigkeit wahrnehmen.[1] Indes ist diese Meinung abzulehnen.[2] Eine gestaltende Tätigkeit läge nur vor, wenn der Richter bei seiner Entscheidung zwischen mindestens zwei Möglichkeiten wählen konnte und dem richterlichen Ausspruch zugleich eine rechtsbegründende oder rechtsverändernde Wirkung beikäme. Hat nun der Berechtigte den Vertrag angepaßt, obgleich die Voraussetzungen dafür nicht bestanden, oder wurde bei dieser Anpassung der vorgegebene Rahmen überschritten, so ist die Anpassung bei der ersten Sachgestaltung überhaupt, bei der letzteren in dem Maße unverbindlich, in dem die Schranken nicht eingehalten worden sind; denn der Nichtanpassungsberechtigte hat seine Privatautonomiebefugnisse hinsichtlich einer Vertragsänderung nur insofern auf den Partner übertragen, als dieser die Maßstäbe wahrt, die gemeinsam in der Abrede festgelegt worden sind. Alle anderen Anpassungen entbehren somit der Ermächtigung, die in der Klausel enthalten ist, und sind daher unverbindlich.

Kommt der Richter aber nun zu dem Ergebnis, daß eine Anpassung der Partei den Rahmen überschreitet, und ermäßigt er deshalb die geänderte Leistung um den Betrag, der jenseits des bestehenden Rahmens liegt, so wird er dabei nicht rechtsgestaltend tätig, weil er nicht ein inhaltlich verbindliches Recht abändert, sondern nur den verbindlichen Inhalt des Rechtes feststellt. Er ermittelt lediglich, wie die Leistung verbindlich durch die dazu berechtigte Partei geändert worden ist, d. h. aber, der Richter übt eine Erkenntnisfunktion aus.[3]

Das gilt aber auch, wenn die Anpassung als unwirksam bezeichnet wird, weil ihre Voraussetzungen nicht vorliegen. Hier ergibt bereits die Interpretation der Klausel, die Sachverhaltsfeststellung und Subsumtion, daß der Tatbestand der

---

1) So Bötticher in DRW 7 (1942), 141 für § 78 Abs. 2 AktG a.F.

2) So im Ergebnis auch Neumann-Duesberg in JZ 1952, 71.

3) vgl. auch hier S. 118.

Anpassungsabrede nicht erfüllt ist. Wenn deshalb der Richter den Anpassungsakt der Partei aufhebt, liegt darin nur die Feststellung, daß die Anpassung von vornherein unverbindlich war.

Da es somit in jedem Falle an den Merkmalen fehlt, durch die eine gestaltende Entscheidung gekennzeichnet ist, muß hier entgegen Böttticher von einer erkennenden Tätigkeit des Richters gesprochen werden.

6) Zusammenfassung

1) Vereinbaren die Parteien in einer Klausel, daß der zwischen ihnen geschlossene Vertrag im Falle der Änderung bestimmter oder allgemeiner vertragserheblicher Umstände durch einen Partner den neuen Verhältnissen anzupassen ist, so hängt die dogmatische Einordnung dieser Abrede von dem subjektiven Maßstab ab, der dem Angleichungsverpflichteten eingeräumt worden ist.

Soll der Verpflichtete den Vertrag nach Billigkeit oder einem in seinem Wertgehalt gleichen Maßstab ändern, ist die Klausel dem § 315 BGB zuzuweisen. Das gilt auch dann, wenn nicht ausdrücklich ein bestimmter Rahmen festgelegt worden ist. § 315 BGB stellt insoweit eine allgemeine Auslegungsregel dar. Soweit Ermessen hinsichtlich des "wie" der Anpassung besteht, kann § 315 BGB analog angewendet werden.

Gemäß der vereinbarten Pflicht zur Angleichung hat die Partei, der die Vertragsänderung übertragen worden ist, auch das Rechtsverhältnis anzupassen.
Müßte der Vertrag im Einzelfall in einer Weise geändert werden, die den nichtanpassungsberechtigten Teil begünstigen würde, ist die Angleichungspflicht als Verbindlichkeit zu bezeichnen. Dem Nichtberechtigten stehen dann gegebenenfalls alle Rechte zu, die sich aus einer Pflichtverletzung ergeben können (Ansprüche aus Verzug, Unmöglichkeit, Erfüllungsverweigerung, positiver Vertragsverletzung). Lediglich der Erfüllungsanspruch kann nicht im Wege der Leistungsklage durchgesetzt werden. Diese Möglichkeit ist durch die Klagemittel des § 315 Abs. 3 BGB ausgeschlossen. Falls hingegen die Anpassung für den Nichtberechtigten ungünstig wäre, steht diesem wegen des in der Regel fehlenden Interesses kein Anspruch auf die Ausübung des Angleichungsrechts zu.

Der Anpassungsverpflichtete kann die in Betracht kommende Leistung selbst ändern und sie dann in der neuen Form erbringen oder verlangen. Ihm ist aber auch die Möglichkeit gegeben, eine Leistungsklage auf die gemäß § 315 Abs. 3 BGB vom Gericht festzusetzende Leistung zu erheben. Ist der Vertragspartner mit der vorgenommenen Angleichung nicht einverstanden, kann er die Leistung in dem

bisherigen Inhalt weiterhin erbringen oder, als Gläubiger, im Wege der Leistungsklage beantragen, den Schuldner zur weiteren Erbringung der ursprünglichen Leistung zu verurteilen. Als Beklagter oder Kläger kann er dann seine Bedenken gegen die erfolgte Anpassung vorbringen.

Ändert der Richter auf Grund des § 315 Abs. 3 BGB den Vertrag, so nimmt er eine Gestaltungsfunktion wahr.

Die Klauseln, in denen dem Anpassungsverpflichteten ein größerer subjektiver Rahmen eingeräumt worden ist, unterscheiden sich von den nach § 315 BGB zu behandelnden zunächst dadurch, daß der Inhaber des Erfüllungsanspruches diesen Anspruch durch eine Klage auf Abgabe der Anpassungserklärung verwirklichen muß. Nach Rechtskraft des daraufhin ergehenden Urteils gilt dann die Erklärung gemäß § 894 ZPO als abgegeben.

Da die Ermächtigung des § 315 Abs. 3 BGB nicht herangezogen werden kann, ist es dem Richter verwehrt, selbst ändernd in den Vertrag einzugreifen. Indem er den Inhalt der Anpassungserklärung ermittelt, zu der er den Beklagten verurteilt, übt er daher nur eine erkennende Tätigkeit aus.

(2) Kommen die Vertragsschließenden überein, daß bei einer Änderung vertragserheblicher Umstände einer von ihnen darüber entscheiden kann, ob - und gegebenenfalls wie - der Vertrag überhaupt den neuen Verhältnissen angepaßt werden soll, so ist diese Klausel in jedem Falle dogmatisch dem Bereich zuzuordnen, der den Parteien innerhalb bestimmter Schranken zur freien inhaltlichen Gestaltung überlassen worden ist. Aus der vereinbarten Freiheit hinsichtlich der Anpassung folgt dann weiterhin, daß diese Klausel keine Grundlage klagbarer Ansprüche zu sein vermag. Ebensowenig können Handlungen des Anpassungsberechtigten auf Grund der Abrede Gegenstand zu vertretender Pflichtverletzungen sein.

Dem Richter obliegt hier nur die Aufgabe, im Streitfalle eine erfolgte Anpassung darauf zu überprüfen, ob der Angleichende von einem zutreffenden Sachverhalt ausgegangen ist, sachgemäße Erwägungen angestellt und den vorgegebenen Wertungsrahmen eingehalten hat. Sowohl bei dieser Tätigkeit als auch bei einer eventuellen Abänderung der Leistung auf den Wert, der durch den vereinbarten subjektiven Maßstab vorgezeichnet ist, übt der Richter eine erkennende Tätigkeit aus.

LEBENSLAUF

Am 16. Februar 1937 wurde ich als Sohn des Justizamtmanns Paul Bilda und seiner Ehefrau Margarete, geborene Magnus, in Brandenburg an der Havel geboren. Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit.

Nach der Flucht im Herbst 1945 besuchte ich die Volksschule in Möllen/Kreis Dinslaken und die Realschule in Duisburg-Hamborn. Danach absolvierte ich eine kaufmännische Lehre. Von 1958 bis 1960 besuchte ich das "Staatliche Institut zur Erlangung der Hochschulreife" in Oberhausen, wo ich am 30. März 1960 die Reifeprüfung ablegte.

Anschließend studierte ich drei Semester an der Freien Universität in Berlin und fünf Semester an der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster Rechtswissenschaft. Am 10. August 1964 bestand ich vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht in Hamm/Westf. die erste juristische Staatsprüfung.